

UiO • Det juridiske fakultet

De betydningsfulle andre

Om fastsettelse av samvær mellom barn under omsorg og andre enn foreldrene.

Kandidatnummer: 763

Leveringsfrist: 25. 04. 2014 kl. 12:00

Antall ord: 17 639



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING – EN PRESENTASJON AV TEMA.....	1
1.1	Om omsorgsovertakelser	1
1.2	Om betydningsfulle andres rettigheter	2
2	RETTSKILDER OG METODE.....	5
2.1	Rettskilder	5
2.2	Kort om EMD og dens metode	7
2.3	Metodisk tilnærming	8
2.4	Sentral terminologi.....	9
2.4.1	«Samvær»	9
2.4.2	«Rett»	10
2.4.3	«Barn»	11
3	VIKTIGE BARNEVERNRETTLIGE PRINSIPPER.....	12
3.1	Barnets beste	12
3.2	Det biologiske prinsipp	14
3.3	Barnets medvirkningsrett	15
3.4	Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp	20
4	INTERNASJONALE KONVENSJONERS BETYDNING FOR SAMVÆRSRETT FOR ANDRE ENN FORELDRE	22
5	BARNEVERNLOVEN § 4-19 TREDJE OG FJERDE LEDD	25
5.1	Bakgrunn	25
5.2	Hvem kan ha rett til samvær?	27
5.2.1	Partsstilling	27
5.2.2	Barnevernloven § 4-19 tredje ledd	28
5.2.3	Barnevernloven § 4-19 fjerde ledd	31
6	FASTSETTELSE AV SAMVÆRSRETT	39
6.1	Momenter som spiller inn i vurderingen av samværsrett.....	39

6.2	Formål med og varigheten av omsorgsovertakelsen.....	40
6.3	Forhold ved barnet	41
6.4	Den andres personlige egenskaper	42
6.5	Stabilitet rundt barnet.....	44
6.6	Nektelse av samvær	46
7	EN BETRAKTNING OG VURDERING AV REGLENE.....	49
7.1	Hvem nyter godt av reglene?	49
7.1.1	De betydningsfulle andre.....	49
7.1.2	Barnet	50
7.1.3	Fosterforeldrene.....	51
7.2	Reglenes betydning for foreldrene.....	52
7.3	Utfordringer ved dagens ordning	53
	LITTERATURLISTE.....	56

1 Innledning – en presentasjon av tema

1.1 Om omsorgsovertakelser

Hvert år griper det offentlige inn i stadig flere familieforhold for å verne om forsømte barn.¹ Ved utgangen av 2012 mottok 53 198 barn tiltak fra barnevernet.² Dette tallet inkluderer både hjelpetiltak hvor barnevernet trår til med tjenester som skal bidra til at barnet kan fortsette bo med foreldrene, og omsorgsovertakelser. En omsorgsovertakelse innebærer en overføring av omsorgen for barnet fra foreldrene til barneverntjenesten, jf. barnevernloven § 4-18. De største delene av foreldrenes ansvar for barnet overføres til det offentlige, og barnet flyttes fysisk ut av familien.³ Den daglige omsorgen utføres av fosterforeldre eller en institusjon på vegne av det offentlige.⁴ Dette kan bli aktuelt dersom diverse hjelpetiltak i hjemmet ikke fører til en forbedring av barnets situasjon. Omsorgsovertakelsene sto for 17 prosent av barnevernstiltakene (8 995 barn) ved utgangen av 2012, mens 83 prosent (44 203 barn) fikk andre hjelpetiltak. Omsorgsovertakelsene økte med seks prosent (500 barn) fra året før, den kraftigste oppgangen på fem år, ifølge Statistisk Sentralbyrå.⁵ Da Norge avga sin fjerde rapport til FNs barnekomité, uttrykte komitéen bekymring for at antall barn som blir tatt fra familien øker til tross for stor bruk av forebyggende tiltak i hjemmet.⁶

Hovedårsaken for omsorgsovertakelse er at foreldrene ikke makter å gi barnet god nok omsorg eller beskyttelse. Barnets liv, helse og utvikling står i fare.⁷ I noen tilfeller skjer en omsorgsovertakelse der foreldrene er rusmisbrukere eller mishandler barnet sitt. Oftest handler det likevel om foreldre som ønsker å ta vare på barnet, men ikke får det til. De har kanskje selv opplevd omsorgssvikt, eller har psykiske problemer som gjør at de ikke evner å se barnet. Ofte skjønner eller respekterer de ikke barnets behov, eller prioriterer sine egne foran barnets.⁸ Ifølge barnevernlovens forarbeider er «forholdene i hjemmet/særlige grunner», samt

¹ Prop. 106 L (2012-2013), side 29.

² Statistisk Sentralbyrå, 2013.

³ Bendiksen og Haugli, 2014, side 221.

⁴ Tjomsland, 2003, side 15.

⁵ Statistisk Sentralbyrå, 2013.

⁶ Committee on the Rights of the Child, 2010, avsnitt 34.

⁷ NOU 2012: 5 side 67.

⁸ NOU 2009: 8, side 32.

foreldrenes omsorgsevne, rusproblemer, og psykisk og somatisk sykdom, kategorier som ofte begrunner barneverntiltak.⁹ Ifølge forarbeidene ønsker barnevernsbarna seg mest av alt et normalt liv, med varme og kjærlighet fra voksne. Det vises også til at de har større forekomst av psykiske lidelser og traumer, samt større utfordringer på mange livsområder. Blant annet gjelder dette skole og utdanning, som igjen har stor betydning for å lykkes i voksenlivet.¹⁰ Ifølge forarbeidene overtas omsorgen ikke bare fordi barnet står i fare for senere problemutvikling. Det begrunnes også med at barnet har «rett til beskyttelse fordi barn og barndom har en egenverdi.»¹¹

Omsorgsovertakelse er et av de alvorligste og groveste inngrep det offentlige kan foreta overfor en familie. Mange parter blir berørt. For det første får barnet det vanskelig når nære bånd kuttes. For det andre er det tilnærmet katastrofalt for foreldrene å miste den daglige omgangen med barnet sitt. For det tredje kan andre slektninger enn foreldrene, så som besteforeldre, tanter, onkler og søsken, føle at barnet like fullt blir tatt fra dem. Både barnet og slektningene ønsker ofte å opprettholde nære bånd gjennom samvær med hverandre.

1.2 Om betydningsfulle andres rettigheter

Etter dagens lovgivning er det i utgangspunktet bare foreldre og barn som har en ubetinget rett til samvær med hverandre. I 2007 ble adgangen for såkalte «betydningsfulle andre» til å få et samværsrettskrav behandlet endret fra å være tilnærmet åpen til å bli restriktiv, muligens så restriktiv at reglene strider mot Norges internasjonale konvensjonsforpliktelser. De fleste samværene mellom barn og andre slektninger skjer derfor trolig etter direkte avtaler med barnevernet eller som private ordninger mens barnet har samvær med foreldrene.¹² Lovgiver har ikke satt skranker for at barnevernstjenesten avtaler samvær mellom barnet og andre enn foreldrene uten at det foreligger noen eksplisitt rett til dette. Så lenge det er i barnets interesse skal slikt samvær normalt avtales og gjennomføres.

⁹ Prop. 106 L (2012-2013), side 30.

¹⁰ *ibid.* s. 31-32.

¹¹ NOU 2012: 5 side 68.

¹² Haugli og Havik, 2010, side 137.

I dagens samfunn er det et spørsmål om betydningsfulle andre bør ha en større rolle i fosterbarns liv. De kan være svært viktige når et barn skal ut av fosterhjemmet og stå på egne bein som 18-åring. Det samme gjelder når barnet for eksempel får problemer som 30-åring, eller trenger noen å søke råd hos som 50-åring. Dersom foreldrene er ikke-fungerende og det ikke pleies samvær med betydningsfulle andre under fosterhjemsoppholdet, må barnet eventuelt selv ta opp kontakten med disse andre når det er voksent. Dette kan være vanskelig, særlig dersom man ikke har sett hverandre på årevis og mangler et felles referansegrunnlag og felles opplevelser. Tilknytningen kan ha forsvunnet, og man risikerer at barnet står helt alene, uten noen det kjenner og kan støtte seg til videre i livet. Et sitat fra et tidligere fosterbarn gjengitt på nettsiden til Organisasjonen voksne for barn sier noe om hvordan det kan være å flytte fra fosterhjemmet:

«Man føler seg helt alene. Har ikke noe hjem å gå til, ikke noen [sic] sted du hører til. Jeg føler fortsatt på det, på tross av at det er lenge siden jeg flyttet for meg selv. Jeg har ingen kontakt med de biologiske foreldrene mine og når fosterforeldrene snakker om ting som skjedde før eller etter jeg bodde der føler jeg at jeg ikke hører til.»¹³

Et barn har likevel både begrenset med fritid og en grense for hvor mye samvær det kan tåle. Det blir et spørsmål hvordan barnets totale samværsmengde skal anses: om samværsmengden skal ligge nærmest barnets beste eller nærmest tålegrensen, om samvær med betydningsfulle andre vil gå på bekostning av foreldrenes samværsrett, og hvordan samvæerspotten eventuelt skal fordeles mellom foreldrene og andre.

Det kan også spørres om barnet i medhold av sin selvbestemmelsesrett bør ha mulighet til selv å bestemme om det ønsker samvær med betydningsfulle andre. Dagens lovgivning gir ingen slik rettighet til barnet, det er bare de betydningsfulle andre som kan kreve at det tas stilling til samværsrett.

Denne oppgaven vil forsøke å gi en framstilling av gjeldende rett angående samværsrett for andre enn foreldre. Jeg vil se på både internasjonale og nasjonale rettsregler og prinsipper

¹³ Organisasjonen voksne for barn.

rundt spørsmålet, og behandlingen av samværskrav fra denne gruppen. Jeg vil se på de ovenfor nevnte spørsmålene i større detalj, samt vurdere om rettighetene for betydningsfulle andre er sterke nok og til barnets beste.

2 Rettskilder og metode

2.1 Rettskilder

I det følgende har jeg tatt utgangspunkt i den sedvanlige norske rettskildelæren og alminnelig juridisk metode.

Lovtekst er grunnleggende, og i denne oppgaven er de mest sentrale lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100 (heretter barnevernloven) og den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter EMK). Barnevernloven er endret en rekke ganger, senest i juni 2013.¹⁴ De siste endringene trer i kraft 1. juni 2014. Det er særlig lovens § 4-19 tredje og fjerde ledd som er relevante, og jeg vil komme tilbake til disse leddene i detalj senere i oppgaven.

Jeg kommer tidvis inn på lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7 (heretter barneloven). De faktiske situasjonene barneloven regulerer kan være svært forskjellige fra barnevernlovens.¹⁵ Barneloven regulerer forholdet mellom barn og foreldre. Barnevernloven regulerer forholdet mellom foreldre og barn og det offentlige. Begrepene og uttrykkene i de to lovene kan se like ut, men dette betyr ikke at de har samme innhold og tolkes på samme måte.

Jeg har lagt stor vekt på forarbeidene til loven. Disse gjenspeiler lovgivers vilje og intensjoner, og politiske strømninger på tidspunktet loven ble vedtatt.¹⁶ I denne oppgaven har de stor rettskildemessig vekt, siden bestemmelsen oppgaven konsentrerer seg om er nokså ny. Der Høyesterett har tolket forarbeidene, baserer jeg meg på rettens tolkning.

Høyesterett dømmer i siste instans, jf. Grunnloven § 88. Internt i Norge kan barnevernsaker ankes helt opp til Høyesterett. For å finne gjeldende rett på området, må man derfor se til Høyesteretts avgjørelser i lignende saker. Det er relevant å se på hvordan retten begrunnet avgjørelsen, hva som ble vektlagt og hvordan resultatet ble. Barnevernsaker står likevel i en særstilling. Rettsområdet er under stadig endring ettersom forskning og erfaring leder til verdimeslige endringer. Eldre dommer må derfor ses i lys av oppfatningene som rådet på tids-

¹⁴ Lov 21.06.2013 nr. 63.

¹⁵ Bendiksen og Haugli, 2014, side 242.

¹⁶ ibid. s. 34.

punktet de ble avsagt. I tillegg avgjøres hver sak konkret med et stort innslag av skjønn, og avgjørelsen blir derfor ikke bindende for senere lignende saker. Momentene som brukes i vurderingen er derimot relevante. Og der Høyesterett har uttalt seg om lovtolkning eller saksbehandling, er rettens syn uttrykk for gjeldende rett.¹⁷

Lagmanns- og tingrettsdommer har begrenset rettskildeverdi, men jeg har likevel gjort bruk av noen slike i oppgaven. De kan vise hva som faktisk blir resultatet i sakene som verserer for domstolene, men ikke kommer til Høyesterett.

Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker er domstollignende organer som treffer avgjørelser i første instans for alvorlige barnevernsaker, blant annet omsorgsovertakelse og samvær.¹⁸ Det finnes i dag tolv slike nemnder.¹⁹ De anses som høyt kvalifiserte organer²⁰, og settes som hovedregel med en jurist, et fagkyndig medlem og et legmedlem, jf. barnevernloven § 7-5. Til tross for at vedtakene har begrenset rettskildeverdi,²¹ er det et poeng at de fleste avgjørelsene stopper i fylkesnemndene. Avgjørelsene viser derfor hvordan gjeldende rett i praksis slår ut overfor dem det gjelder. Velbegrunnede avgjørelser kan ha større vekt enn forvaltningspraksis vanligvis har, og ifølge Trude Haugli bør de i alle fall tillegges samme rettskildemessige betydning som en dom i første instans.²²

Juridisk litteratur har også begrenset rettskildemessig vekt. Den gir like fullt uttrykk for standpunktene til eksperter på barnevernrettens område, og jeg gjør derfor bruk av den for å støtte opp under argumentene jeg fremsetter.

Reelle hensyn og prinsipper er viktige i barnevernretten. Det er viktig å komme frem til et godt og rimelig resultat for barnet saken dreier seg om. Prinsippet om barnets beste, det biologiske prinsipp, barnets rett til å bli hørt og retten til liv og utvikling står sterkt i barnevern-

¹⁷ ibid. s. 34-35.

¹⁸ ibid. s. 185.

¹⁹ Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet, 2013.

²⁰ Bendiksen og Haugli, 2014, side 36.

²¹ Haugli, 2000, side 41.

²² ibid. s. 51.

retten. Det samme gjør legalitetsprinsippet og det minste inngreps prinsipp.²³ Disse to sistnevnte er velkjente og grunnleggende juridiske prinsipper som ikke forklares inngående i oppgaven.

Av internasjonale rettskilder er EMK og FNs barnekonvensjon (heretter barnekonvensjonen) viktige tolkningsfaktorer når barnevernlovens bestemmelser brukes. Konvensjonene er inkorporerte i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2. De gjelder dermed som norsk lov. I denne oppgaven vil jeg likevel forbeholde uttrykket «intern rett» til barnevernloven og andre nasjonale lover. Slik tydeliggjøres skillet mellom konvensjonenes regler og barnevernlovens.

Konvensjonsbestemmelsene gis forrang ved motstrid med intern rett, jf. menneskerettsloven § 3. Intern rett presumeres å være i samsvar med konvensjonene²⁴ og så vidt mulig skal tolkes i samsvar med dem. Når man skal vurdere om barnevernloven samsvarer med konvensjonsbestemmelsene, må man derfor tolke EMK og barnekonvensjonens bestemmelser for å finne innholdet i disse. Når EMK tolkes, må man legge den Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens (heretter EMD) metode til grunn. For barnekonvensjonen må man se til FNs barnekomité's uttalelser.

2.2 Kort om EMD og dens metode

Enkeltpersoner som mener at den norske stat har brutt deres menneskerettigheter kan anke saken inn for EMD dersom de ikke får medhold i Høyesterett. Dersom EMD gir saksøker medhold, får resultatet likevel ikke direkte virkning på saken som er avgjort i Norge. Fremtidige avgjørelser vil derimot rette seg etter EMDs tolkninger og utsagn. Dersom selve loven strider mot disse, vil den tilpasses EMDs uttalelser gjennom lovendring eller innskrenkende eller utvidende tolkning.²⁵

²³ *ibid.* s. 37.

²⁴ Rt. 2000 s. 1811, Rt. 2001 s. 1006, side 1015, Rt. 2010 s. 1445, avsnitt 133.

²⁵ Haugli og Havik, 2010, side 129.

EMD er domstolen som utvikler EMK. EMD har selv kalt konvensjonen «a living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions».²⁶ Med andre ord er konvensjonsbestemmelsene gjenstand for dynamisk tolkning. Dette vil si at innholdet tilpasses samfunnsutviklingen og endringer i verdisyn. EMD benytter også tolkningsreglene for traktater som er fastsatt i Wienkonvensjonen, samt formålsbetraktninger.²⁷ Til tross for at Wienkonvensjonen ikke nevner rettsavgjørelser som en relevant rettskilde, jf. artiklene 31-33, har EMD uttalt at den ikke fraviker tidligere avgjørelser uten «good reason». Slik oppnås likhet for loven og forutberegnelighet.²⁸

Interne domstoler skal ifølge Høyesterett være forsiktige med selv å tolke EMK dynamisk.²⁹ De må holde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser.³⁰ Dette fordi det er viktig at konvensjonens medlemsland tolker og bruker bestemmelsene på samme måte, og det er EMD som har best oversikt over rettstilstanden i andre europeiske land. I tillegg kan man risikere at norske domstoler går lengre i sin fortolkning av EMK enn det som er nødvendig. Ifølge Høyesterett vil dette kunne legge «et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet.»³¹ Dersom en intern domstol er i tvil om hvordan bestemmelsene skal forstås, kan den legge norske verdier til grunn.³²

2.3 Metodisk tilnærming

En hovedutfordring har vært at samværsrett for andre enn foreldre etter omsorgsovertakelse er et nokså sparsomt behandlet emne innen barnevernsretten. Det er relativt nye bestemmelser (i kraft 1. januar 2007), og fremdeles nokså lite rettspraksis som direkte omhandler temaet, særlig fra Høyesterett. Det er flest avgjørelser fra fylkesnemnda, men disse har begrenset rettskildemessig betydning. Samtidig er bare et fåtall publisert på Lovdata. Gjennom Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Oslo og Akershus har jeg fått tilgang til anonymiserte sam-

²⁶ Tyrer v. The United Kingdom, 1978, avsnitt 31. Se også Soering v. The United Kingdom, avsnitt 102, Loizidou v. Turkey, avsnitt 71 og Selmouni v. France, avsnitt 101.

²⁷ Golder v. the United Kingdom, avsnitt 29.

²⁸ Christine Goodwin v. the United Kingdom, avsnitt 74.

²⁹ Se plenumsdommene Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 557, punkt 3, Rt. 2005 s. 833, avsnitt 45-47.

³⁰ Rt. 2000 s. 996.

³¹ *ibid.*

³² Rt. 2005 s. 833, avsnitt 45.

mendrag av de åtte sakene om samvær mellom barn under omsorg og andre enn foreldrene som den behandlet i 2012 og 2013. Juridisk litteratur er også sparsom, og emnet er nokså tynt behandlet hos de fleste forfatterne. Derfor har jeg gjort betydelig mer bruk av enkelte forfattere enn andre.

2.4 Sentral terminologi

2.4.1 «Samvær»

Av sentral terminologi som behøver nærmere drøfting er blant annet begrepet «samvær». Ifølge professor i helsevitenskap ved NTNU, Borgunn Ytterhus, er «[s]osialt samvær [...] å dele vøren, eller å være felles om hverandres eksistens når vi fysisk befinner oss på samme arena».³³ Kort sagt betyr «samvær» etter vanlig norsk språklig forståelse å være sammen med noen. Ifølge Ytterhus' definisjon må man fysisk befinne seg på samme sted. Det vil si at fjernkontakt via telefon eller digitale arenaer som «Skype» eller «Facetime» faller utenfor samværsbegrepet. Høyesterett later til å ha en lignende definisjon av begrepet. Den har lagt til grunn at foreldre har ubegrenset rett til telefonkontakt med et barn som er tatt under omsorg, så lenge det ikke spesifikt er fattet vedtak om annet. Dette gjelder uansett hvor mye samvær det er fastsatt.³⁴

Den juridiske bruken av begrepet «samvær» innen barneretten synes likevel å romme noen reelle nyanser. Ved en skilsmisse vil likedeling av omsorgen beskrives som «delt omsorg». Men dersom én forelder får omsorgen, og den andre får såkalt «vanlig samvær», vil den andre forelderen likevel fortsatt ha betydelige omsorgsforpliktelser utover å være sammen med barnet i alminnelig språklig forstand.

I forbindelse med omsorgsovertakelse kan man skille mellom to typer samvær: de som anses krevende for barnet, og de som er mer positive og problemfrie. Skillet får betydning når det fastsettes hvor mye samvær et barn kan ha før dets tålegrense utfordres.

³³ Ytterhus, 2004, s. 79.

³⁴ Rt. 2007 s. 1147, avsnitt 21, se også Rt. 2007 s. 1136.

Når barneverntjenesten overtar omsorgen for et barn, settes fokus på krenkelsen av foreldrenes omsorgsrett. Lite samvær fremstår som en særlig kraftig krenkelse av omsorgsretten. I slike tilfeller kan det ofte utløses reaksjoner og holdninger hos foreldrene som berører barnet under samvær. Dette kan noen ganger føre til at barnets tålegrense utfordres. Også betydningsfulle andre kan føle omsorgsovertakelsen som en krenkelse og utvikle reaksjoner eller holdninger som under samvær kan utfordre barnets fungering og tålegrense. Da kan det være naturlig å se foreldrenes og disse andres samvær i sammenheng.

Andre betydningsfulle andre kan imidlertid opptre i en helt annen kontekst. De kan ha hatt avstand til foreldrenes problemer og ha etablert uavhengige, positive relasjoner til barnet. Samvær med disse likner mest på barnets samvær med de mange andre barnet ellers omgås i hverdagslivet. Slikt samvær synes å falle inn under en alminnelig språklig forståelse av begrepet «samvær».

Denne nyansen diskuteres nærmere i punkt 6.5.

2.4.2 «Rett»

Etter barnevernloven § 4-19 første ledd har barnet og foreldrene «rett til samvær med hverandre». Etter ordlyden skulle dette tilsi at både foreldre og barn har en gjensidig rett og plikt til samvær. For andre enn foreldre sier tredje og fjerde ledd at fylkesnemnda skal ta stilling til «om de skal ha rett til samvær med barnet». Denne ordlyden tilsier at de andre kan få en rett til samvær med barnet, uten at barnet får noen tilsvarende rett. Etter alminnelig tankegang vil barnet derimot få en plikt til samvær med den andre, som følge av dennes rett. Men bestemmelsen bør ikke leses på denne måten. Dersom barnet ikke ønsker å gjennomføre samværet, kan det ikke tvinges til dette. Barnets selvbestemmelsesrett står i konkurranse med den andres (eller foreldrenes) rett til samvær, og må få gjennomslag. Bestemmelsen bør leses som at retten den andre får er en rett overfor barneverntjenesten. Den er omsorgsgiveren nå, og må sørge for å legge til rette for samvær mellom barnet og den andre slik at rettigheten kan utøves. Slik fungerer det også etter barneloven. Der får parten som ikke har den daglige omsorgen, vanligvis far, gjerne fastslått en samværsrett med barnet. Han får da en rett til at mor medvirker til oppfyllelsen av samværet. Men han får ingen rett overfor barnet. Det har ingen plikt til

å møte opp til samvær. Samvær skal være hyggelig for barnet, og kan vanskelig gjennomføres ved tvang.³⁵

Etter barneloven kan det sanksjoneres om den som har omsorgen for barnet ikke anstrenger seg for å få gjennomført et samvær mellom barnet og den andre forelderen. I barnevernsaker kan man ikke sanksjonere barnet eller foreldrene om de ikke ønsker å møte opp. Men barneverntjenesten må gjøre det den kan for å få realisert et samvær med foreldre eller andre. Den må legge til rette for samværet så godt den kan. På dette punktet har barnet og foreldrene en rett overfor barneverntjenesten.

2.4.3 «Barn»

Det finnes ingen klar grense mellom et barn og en voksen person, verken juridisk eller på annen måte. Rettigheter som antyder et skille inntreffer på ulike tidspunkt i et menneskes liv. I Norge er for eksempel konfirmasjon, som illustrerer et sosialt skille mellom barn og voksen, rundt 14-15 år. Den seksuelle lavalder er 16 år, jf. straffeloven § 196. Myndighetsalderen er 18 år, se vergemålsloven § 2 tredje ledd. Sistnevnte er det viktigste juridiske skillet.

I denne oppgaven vil jeg definere «barn» som ethvert menneske mellom 0 og 18 år, så lenge ikke noe annet fremgår av sammenhengen. Dette er i samsvar med vanlig juridisk terminologi.³⁶ Attenårsdagen er tidspunktet da de fleste sieder ved foreldreansvaret opphører, se barneloven §§ 33 og 68. Skillet harmonerer med barnekonvensjonen artikkel 1, hvor et barn defineres som «every human being below the age of eighteen years», så lenge intern rett ikke setter en lavere myndighetsgrense.³⁷ Det stemmer også godt overens med barnevernloven, i og med at tiltak etter loven kan treffes for barn under 18 år, jf. barnevernloven § 1-3 første ledd. Det er likevel verdt å merke seg at tiltak som er iverksatt før barnet fyller 18 år kan opprettholdes eller erstattes av andre tiltak som følger av barnevernloven fram til personen fyller 23 år. Det er avhengig av at personen samtykker, jf. barnevernloven § 1-3 andre ledd. Det finnes også en særregel for barn med atferdsvansker i barneloven § 4-24 tredje ledd, men denne er ikke relevant for oppgaven.

³⁵ Smith og Lødrup, 2007, side 170.

³⁶ ibid. s. 25.

³⁷ ibid. s. 23.

3 Viktige barnevernrettslige prinsipper

3.1 Barnets beste

Det mest grunnleggende prinsippet i barnevernretten og all barnerett for øvrig, er hensynet til barnets beste. Barnevernloven § 4-1, barneloven § 48 og barnekonvensjonen artikkel 3 slår fast at barnets beste skal være grunnleggende i alle avgjørelser som omhandler eller angår barn.³⁸ Ifølge FNs barnekomité er ordlyden i barnekonvensjonen, «shall be», en sterk juridisk forpliktelse for staten. Det er en rettighet for barnet at staten må vurdere barnets beste som et grunnleggende hensyn, og tillegge det riktig vekt ved alle former for offentlig myndighetsutøvelse. Staten har ikke mulighet til å utøve skjønn med hensyn til dette.³⁹ Dette gjelder «[i]n all actions» som har en reell direkte eller indirekte virkning for barn. Det vil si i lovgivning, avgjørelser, saksbehandling, tjenesteytelser, ved utøvelse av skjønn i forvaltningen og ved alle andre handlinger og unnlater.⁴⁰ I tillegg må staten sikre at barnets beste ivaretas når private treffer avgjørelser. Men komiteen erkjenner at det finnes tilfeller der barnets beste muligens må vike for andres konkurrerende interesser. Ved konflikt må man forsøke å harmonisere de ulike rettighetene eller hensynene. Hvis dette er umulig, må barnets beste ha stor vekt, og andre interesser må være sterke for å gå foran.⁴¹

Haugli mener at henvisningen til barnets beste i barnevernloven § 4-1 kanskje i første rekke er ment som en påminnelse om at «barns interesser og behov skal vektes foran den voksnes, når rettslige spørsmål skal avgjøres. Det sier lite om hva som er barnets interesser og behov.»⁴² Som barnekonvensjonens artikkel 3, er § 4-1 en rettslig standard som endrer seg i takt med hva samfunnet anser som det beste for barnet. Det er et tilpasningsdyktig, sammensatt begrep som er åpent for ny kunnskap om barns utvikling. Ifølge Haugli er hva som er best for barn «i bunn og grunn verdspørsmål av allmennmenneskelig karakter». I samværssaker må det tas stilling til barnets beste i hver enkelt sak ut fra de konkrete omstendighetene rundt barnets

³⁸ Haugli, 2012, side 51.

³⁹ Committee on the Rights of the Child, 2013, avsnitt 36.

⁴⁰ *ibid.* avsnitt 17-20.

⁴¹ *ibid.* avsnitt 39.

⁴² Haugli, 2003, side 9.

situasjon og behov: «det som er best for ett barn, er ikke nødvendigvis best for et annet barn i samme situasjon. Barnets beste er relativt.»⁴³

Barnets beste kan ikke i seg selv begrunne at det iverksettes tiltak. Man må først bringe på det rene om lovens øvrige vilkår er oppfylt. Deretter må man bedømme om barnets situasjon blir bedre med tiltaket enn uten. Barnets beste skal være avgjørende ved skjønnsutøvelsen, det vil si ved valg mellom alternative tiltak eller om man i det hele tatt skal benytte lovens adgang til tiltak. Det kan ikke vedtas og iverksettes tiltak uten at det vurderes at barnets situasjon vil bli bedre med tiltaket enn den er uten.⁴⁴

Ifølge Ofstad og Skar vil det ofte være motstrid mellom barnets og foreldrenes behov, for eksempel ved omsorgsovertakelse. Det kan være svært belastende for foreldrene, men samtidig nødvendig for barnet. I slike tilfeller skal det ifølge barnevernloven § 4-1 legges avgjørende vekt på hensynet til barnet.⁴⁵ Ifølge Haugli er det viktig å være bevisst på at bruken av begrepet «barnets beste» i noen sammenhenger kan tilsløre at det «egentlig dreier seg om en avveining av risiko ved ulike alternativer, med andre ord hva som er det minst skadelige resultat i en situasjon hvor det ikke finnes gode løsninger.»⁴⁶

Høyesterett har uttalt at det skal legges avgjørende vekt på hva som er det beste for barnet også i avgjørelser om samværsrett etter barnevernloven § 4-19.⁴⁷ Ifølge Høyesterett gjelder § 4-1 «etter sin ordlyd valget av tiltak, og dermed også omfanget av den samværsrett som barnet kan ha med foreldrene og eventuelt også andre personer.»⁴⁸ Når det skal avgjøres hva som er til barnets beste, vil et moment av betydning være dets behov for stabil og god voksenkontakt, jf. barnevernloven § 4-1. Momentet vil særlig ha betydning hvor et barn skal flyttes fra foreldre til fosterforeldre, fra et hjelpetiltak til et annet, eller hvor det skal tilbakeføres til foreldre. Kontinuitet i voksenkontakt kommer inn både når det gjelder å skape tilknytning til fosterforeldre, og ved å beholde betydningsfulle andre barnet hadde før omsorgsovertakelsen.

⁴³ Haugli, 2012, side 52-53.

⁴⁴ Lindboe, 2012, side 46, Bendiksen og Haugli, 2014, side 178, Ofstad og Skar, 2009, side 60.

⁴⁵ Ofstad og Skar, 2009, side 60.

⁴⁶ Haugli, 2012, side 67.

⁴⁷ Se Rt. 2004 s. 1300, avsnitt 19 og Rt. 2002 s. 1378.

⁴⁸ Rt. 2004 s. 1300, avsnitt 20.

3.2 Det biologiske prinsipp

Hvor forholdet mellom barn og foreldre skal reguleres bygger forståelsen av barnets beste i høy grad på det biologiske prinsipp.⁴⁹ Til grunn for prinsippet ligger at foreldre har det primære ansvaret for omsorgen for barna sine, og samfunnet det subsidiære.⁵⁰ Barn anses i utgangspunktet for å ha det best hos sine foreldre, selv om det er visse mangler ved hjemmet.⁵¹ At barn vokser opp hos sine foreldre er normalordningen i samfunnet, og det eksisterer generelt sterke følelsesmessige bånd mellom dem. Det vil vanligvis ha en egenverdi for barnet å bevare disse båndene.⁵² Til tross for at det biologiske prinsipp i visse situasjoner later til å stride mot hensynet til barnets beste, mener Knut Lindboe at det er mer dekkende å si at «begge ivaretar hensynet til barnets interesse, men ulike sider ved denne interesse.»⁵³

Ifølge utvalget i NOU 2012: 5 relaterer begrepet «det biologiske prinsipp» seg til det opprinnelige forholdet mellom foreldre og barn. Utvalget forsetter:

«Barnevernloven med forskrifter forholder seg imidlertid ikke til biologisk foreldreskap, men til juridisk foreldreskap etablert etter reglene i barneloven og adopsjonsloven. I denne forstand kan det hevdes at betegnelsen i seg selv er misvisende. [...] At det biologiske prinsipp kan forstås ulikt kan medføre at det tillegges en annen vekt eller anvendelse i skjønnsutøvelsen enn det som var tiltenkt.»⁵⁴

Det biologiske prinsipp gjelder altså ikke bare der hvor det er biologiske bånd mellom barn og foreldre. Det virker også inn der barnevernet for eksempel griper inn hos adoptivforeldre. Betydningsfulle andre som barnet er sterkt knyttet til kan muligens også ses på som en del av det biologiske prinsipp. Disse andre er en del av barnets sosiale landskap ved omsorgsovertakelsen, men ikke nødvendigvis det biologiske.

⁴⁹ Haugli, 2012, side 61.

⁵⁰ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 27, Lindboe, 2012, side 23 og 46, Stang, 2007b, side 34.

⁵¹ Lindboe, 2012, side 46.

⁵² NOU 2012: 5, side 42, NOU 1985: 18, side 157.

⁵³ Lindboe, 2012, side 47.

⁵⁴ NOU 2012: 5, side 49.

Selv om det biologiske prinsipp ikke nevnes i barnevernloven, kommer det til uttrykk gjennom bestemmelser som nettopp § 4-19 om samværsrett.⁵⁵ Bestemmelsen beskytter tilknytningen mellom barnet og foreldrene, og i foreldrenes fravær beskytter den båndet mellom barnet og andre slektninger. Kari Ofstad og Randi Skar mener at barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgen som oftest tilsier at «det skal legges vekt på å opprettholde kontakt med biologiske foreldre når barnet er tatt under omsorg av barneverntjenesten og bor utenfor familien.»⁵⁶ Også Toril Havik mener at en viktig hensikt med samvær mellom foreldre og barn er å gi barnet «kjennskap til egen opprinnelsesfamilie og en opplevelse av kontinuitet». Men hun mener også at denne hensikten et stykke på vei kan ivaretas, eller forsterkes, ved at barnet har samvær med annen slekt og familie.⁵⁷ Ifølge en undersøkelse gjort av Havik har fosterbarn oftest samvær med søsken som betydningsfulle andre. Bare ett av ti av fosterbarn som har søsken har ikke samvær med dem. Rundt halvparten av fosterbarna har samvær med besteforeldrene sine. Og har barnet først samvær med besteforeldre, har det gjerne samvær med tanter og onkler også. Generelt har barn som har samvær med slektninger oftere samvær med andre slektninger.⁵⁸

Foruten samværsbestemmelsen gir det biologiske prinsipp seg også utslag i de mange skrankene som stilles opp for omsorgsovertakelse. Ifølge forarbeidene kan man bare overta omsorgen når det er nødvendig ut fra situasjonen barnet er i. Det foreligger også strenge vilkår og beviskrav for vedtak om omsorgsovertakelse. I tillegg kommer prinsippet til uttrykk i at omsorgsovertakelsen i utgangspunktet er midlertidig.⁵⁹

3.3 Barnets medvirkningsrett

Barnets rett til å bli hørt er et sentralt prinsipp i barnevernsaker. Det er også et av de fire generelle prinsippene i barnekonvensjonen som får betydning når de fleste andre bestemmelsene i

⁵⁵ Se Stang, 2007b, side 34, som viser til andre bestemmelser.

⁵⁶ Ofstad og Skar, 2009, side 61.

⁵⁷ Havik, 2007, side 115.

⁵⁸ *ibid.* s. 115-116.

⁵⁹ NOU 2012: 5, side 67.

konvensjonen skal tolkes.⁶⁰ Barnets uttalerett er helt nødvendig for at det skal være mulig å ta hensyn til barnets egne meninger.⁶¹ Og barnets egen mening er et moment av betydning i vurderingen av barnets beste.⁶²

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet uttaler i forarbeidene at det er:

«[...] nær sammenheng mellom menneskers selvfølelse og verdighet og graden av kontroll man opplever å ha i eget liv. Lav delaktighet vil ofte føre til manglende trivsel. Dersom barna selv har vært delaktige i beslutninger som gjelder dem, får beslutningene større legitimitet. På samme måte vil hjelpen barna får, bli bedre tilpasset og ha større effekt når de selv får anledning til å gi tilbakemelding på hjelpen. Barnevern er til for barn og barna kjenner best sin egen livssituasjon.»⁶³

Prinsippet finnes i barnevernloven § 6-3, en av bestemmelsene som ble endret da barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett i 2003. Før lovendringen hadde bare barn over 12 år en rett til å si sin mening før det ble truffet bestemte vedtak etter barnevernloven.⁶⁴ Etter dagens bestemmelse skal et barn som er fylt 7 år «informeres og gis anledning til å uttale seg før det tas avgjørelse i sak som berører ham eller henne.» Det samme gjelder yngre barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter. Ifølge bestemmelsen skal barnets mening «tillegges vekt i samsvar med barnets alder og modenhet». Ifølge Knut Lindboe sikres det videre at det tas hensyn til barnets mening gjennom reglene om at barn har selvstendige partsrettigheter når de har fylt 15 år. Dette gjelder blant annet avgjørelser om frivillige hjelpetiltak, og vedtak om omsorgsovertakelse, adopsjon og samvær.⁶⁵

Ifølge Elisabeth Gording Stang er praksis i barnevernsaker «nokså nedslående når det gjelder inkludering av barnet i saken.»⁶⁶ Også lovens forarbeider antyder at barn generelt sett kom-

⁶⁰ Prop.106 L (2012-2013), side 140, Stang, 2007a, side 37.

⁶¹ Prop.106 L (2012-2013), side 140.

⁶² Ofstad og Skar, 2009, side 62.

⁶³ Prop.106 L (2012-2013) s. 139-140.

⁶⁴ Ofstad og Skar, 2009, side 310.

⁶⁵ Lindboe, 2011, side 42, og Ofstad og Skar, 2009, side 311.

⁶⁶ Stang, 2007a, side 37.

mer for lite til orde i saker som gjelder dem. Departementet mener at noe av grunnen til at barn ikke blir hørt kan skyldes mangel på kunnskap i barnevernet:

«Frykt for å gjøre feil og usikkerhet om hvordan samtalen skal gjennomføres kan være noen av årsakene til at barnevernet ikke hører barna i tilstrekkelig grad. Det kan også være at barrierer mot å involvere barn kan knyttes til et ønske om å beskytte barna og ikke involvere dem i det som anses som voksenproblemer. Barnevernet har ansvaret for å treffe de avgjørelser som er til barnets beste. Barnet skal gis anledning til å medvirke ut fra alder og modenhet.»⁶⁷

Departementet mener generelt at barnets mulighet til medvirkning, deltakelse og medbestemmelse i barnevernet bør styrkes. Dette innebærer også at «det må sikres at barn og unge gis informasjon om livene sine, det som er bestemt og det som skal bestemmes.»⁶⁸ Departementet understreker likevel at det i enkelte situasjoner må bestemmes noe annet enn det barnet selv ønsker.⁶⁹

Ifølge Knut Lindboe har det ikke vært vanlig å tillegge barnets mening stor vekt i barnevernsaker, selv om barnet er blitt hørt. Dette gjelder også i samværssaker.⁷⁰ Høyesterett gir uttrykk for at barnets syn kan tillegges mindre vekt i barnevernsaker enn i saker etter barneloven, se Rt. 2006 s. 1308, avsnitt 59. Eksempler på at barnets ønske ikke ble lagt til grunn er blant annet Rt. 1987 s. 289, hvor et søskenpar på elleve og ti år ble tatt under omsorg til tross for at de gjentatte ganger hadde gitt uttrykk for at de ønsket å flytte til foreldrene, Rt. 1984 s. 289, hvor en åtte år gammel gutt ble tilbakeført til moren til tross for at han ønsket å bli hos fosterforeldrene, og Rt. 1998 s. 1702, hvor fem brødre ble tatt under omsorg til tross for at de to eldste, som var 12 og 14 år, ønsket å bo hos foreldrene. Et eksempel på det motsatte er Rt. 1995 s. 447, hvor en gutt på 13 år ønsket å flytte hjem til faren, og flertallet opphevet omsorgsovertakelsen (dissens 3-2).

⁶⁷ Prop.106 L (2012-2013) s. 140.

⁶⁸ *ibid.* s. 140.

⁶⁹ *ibid.* s. 140.

⁷⁰ Lindboe, 2013, side 82.

Lindboe mener at det kan innebære en «svekking av barnets selvfølelse og en krenking av dets verdighet» når man etter å ha innhentet barnets syn i saken fatter et vedtak uten hensyn til dette eller i strid med barnets ønsker.⁷¹ For samvær med betydningsfulle andre er det grunnleggende at barnet ønsker kontakt med den aktuelle personen. Når barnet er gammelt nok til å si nei, må man respektere dette. Det er ikke godt å vite når denne alderen er, men det må ses hen til det enkelte barnets modenhet, intellektuelle utvikling og forståelse i forhold til sin egen situasjon.⁷² Det er forskjell på et barn som sier nei fordi det kjeder seg hos tante og heller vil spille dataspill hos fosterforeldrene, og et barn som sier nei fordi det ikke ønsker kontakt med den bestemte personen.

Det vil være en saksbehandlingsfeil dersom barn over 7 år ikke får uttalt seg om forhold som angår dem.⁷³ I Rt. 2011 s. 1053 så Høyesterett det som en vesentlig svakhet ved en tingrettsdom at det var uklart hvilken vekt retten hadde lagt på barnets mening i en barnevernsak.⁷⁴ I Rt. 1999 s. 1183 opphevet Høyesterett lagmannsrettens kjennelse i en barnefordelingssak fordi barnet ikke hadde fått sagt sin mening i samsvar med barneloven § 31. Ifølge Ofstad og Skar vil spørsmålet neppe stille seg annerledes i en sak etter barnevernloven.⁷⁵

Etter dette blir det en hovedutfordring for barnevernet å se situasjonen med barnets øyne, og ha løpende kontakt og dialog med det. Ifølge forarbeidene kan god informasjon bidra til «en styrket identitet, forståelse og opplevelse av sammenheng og forutsigbarhet i barnets eget liv».⁷⁶ Lindboe peker likevel på at det ikke finnes regler om eller praksis for at barn som har gitt uttrykk for sin mening «får en informativ tilbakemelding når vedtak eller dom foreligger».⁷⁷ Han viser til den nå endrede bestemmelsen i barneloven § 61 nr. 4, hvor dommeren pålegges å informere et barn som har ytret sin mening om hva resultatet ble og hvordan me-

⁷¹ Lindboe, 2013, side 82.

⁷² Stang, 1995, side 20, Stang, 2007a, side 38.

⁷³ Ofstad og Skar, 2009, side 313, Stang, 2007a, side 39.

⁷⁴ Rt. 2011 s. 1053, avsnitt 26.

⁷⁵ Ofstad og Skar, 2009, side 313.

⁷⁶ Prop.106 L (2012-2013) s. 140.

⁷⁷ Lindboe, 2013, side 82.

ningen ble hensyntatt. Lindboe mener det er enda større grunn å innta en slik bestemmelse i barnevernloven.⁷⁸

Det er mulig at vektleggingen av barnets mening i barnevernsaker endres i midten av 2014. Da tas barnets medvirkningsrett inn i barnevernloven § 4-1 om barnets beste. Bestemmelsens andre ledd trer i kraft 1. juni, og lyder som følger:

«Barnet skal gis mulighet til medvirkning og det skal tilrettelegges for samtaler med barnet. Barn som barnevernet har overtatt omsorgen for kan gis anledning til å ha med seg en person barnet har særlig tillit til. Departementet kan gi nærmere forskrifter om medvirkning og om tillitspersonens oppgaver og funksjon.»

Ordlyden er streng, barnet «skal» gis mulighet til medvirkning. Barnet har likevel ingen plikt til å medvirke, det får en «mulighet» til dette.

Det foreligger heller ingen plikt for barnet til å uttale seg etter dagens lovverk.⁷⁹ Ifølge departementet kan det tenkes saker der barnet ikke ønsker å gi uttrykk for noen oppfatning. Dette kan eksempelvis være dersom barnet kommer i lojalitetskonflikt ved å ytre sin mening, eller belaster relasjoner til foreldre eller andre.⁸⁰ Det er viktig at barnet skjønner at det kan uttale seg og medvirke uten at det får noe tyngende ansvar: «Barnet verken skal eller kan bestemme mer enn det som er faglig forsvarlig.»⁸¹ Det er heller ingen forutsetning for uttaleretten at barnet har en mening om utfallet av saken. Det viktige er at barnet får uttale seg om «forhold det selv ønsker».⁸²

⁷⁸ Lindboe, 2013, side 82.

⁷⁹ Lindboe, 2011, side 96, Prop.106 L (2012-2013) side 140, Ofstad og Skar, 2009, side 311, Backer, 2008, side 293, Stang, 2007a, side 38-39.

⁸⁰ Lindboe, 2012, side 182.

⁸¹ Prop.106 L (2012-2013) s. 140.

⁸² Ofstad og Skar, 2009, side 311, Stang, 2007a, side 43.

3.4 Det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp

Utvalget i NOU 2012: 5 har foreslått at det opprettes et nytt prinsipp som skal vektlegges i vanskelige barnevernsaker. Dette fordi samspillet mellom barn og omsorgspersoner er så avgjørende for barns utvikling og fungering at det «må tillegges avgjørende vekt i beslutningsprosessen om bosted, samvær og tilbakeføring i barnevernsaker.»⁸³ Utvalget mener at:

«[...] en for stor vektning av egenverdien av det biologiske prinsipp kan føre til at barnet vokser opp under ugunstige omsorgsbetingelser dersom tilknytningen og relasjonsutviklingen mellom barnet og omsorgspersonene er svak. Utvalget anbefaler derfor at det utviklingsstøttende tilknytningsprinsipp gis forrang i forhold til det biologiske prinsipp i saker der tilknytnings- og relasjonskvaliteten er til hinder for barnets utvikling.»⁸⁴

Dette mulige prinsippet kom videre til uttrykk i utvalgets uttalelser om at formålet med samvær er at det er utviklingsfremmende for barnet:

«Hvis nødvendig må foreldrene tilbys hjelp til å gjøre samværene utviklingsfremmende for barnet etter plassering. Dette kan bidra til å stabilisere plasseringen.»⁸⁵

Ifølge Høyesteretts begrunnelse i Rt. 2012 s. 1832 var mange høringsinstanser kritiske til anbefalingen. Det framsto for førstvoterende som uklart hva som vil komme ut av utvalgets arbeid, og retten var derfor ikke villig til å legge prinsippet til grunn.⁸⁶

Selv om departementet uttalte seg om det utviklingsstøttende prinsipp og foreldre, kunne et slikt prinsipp også fått innvirkning på betydningsfulle andres samvær. Det er forståelig at Høyesterett var lite villige til å gi et slikt prinsipp gjennomslag. Samvær skal være sosialt, en rekreasjon barnet har glede av. Det er flott dersom personen kan tilføre barnet noe utviklingsfremmende, men så lenge samværet ikke er utviklingshemmende, bør det være nok å være seg

⁸³ NOU 2012: 5, side 86.

⁸⁴ *ibid.* s. 86.

⁸⁵ *ibid.* s. 113.

⁸⁶ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 30.

selv. Samvær med søsken, særlig yngre søsken, kunne blitt vanskelig om det skulle være utelukkende utviklingsfremmende. Et hovedformål for samvær med betydningsfulle andre er at barnet skal opprettholde viktige bånd. Det må derfor være nok for samvær at de betydningsfulle andre forblir individer i barnets sosiale omgangskrets.

4 Internasjonale konvensjoners betydning for samværsrett for andre enn foreldre

Av internasjonale konvensjoner Norge er tilsluttet, er det særlig EMK og barnekonvensjonen som er av sentral betydning for spørsmålet om samværsrett. Barnekonvensjonen gir, som navnet tilsier, bare rettigheter til barn. EMK spesifiserer ikke at barn er omfattet av konvensjonen. Siden den ifølge artikkel 1 gjelder for «everyone» («enhver» i den norske oversettelsen), omfatter den likevel både barn og voksne. Dette fremkommer også av de enkelte rettighetene, og av prinsippet om ikke-diskriminering i artikkel 14.⁸⁷

Begge konvensjonene inneholder regler som både beskytter retten til familieliv og barnets beste. For å avdekke om barnevernloven § 4-19 er i samsvar med EMK artikkel 8, må det nærmere innholdet i bestemmelsen fastlegges. EMK artikkel 8 gir blant annet rett til respekt for familieliv: «Everyone has the right to respect for his private and family life [...]». Bestemmelsen omfatter ifølge EMD både forholdet mellom ektefeller, mellom foreldre og barn, og mellom nære slektninger, som besteforeldre og barnebarn.⁸⁸ Ifølge Lotte Pernille Loftsgaard og Kristin Alstad har det stor betydning om barnet har bodd sammen med slektningen, men «det foretas en konkret vurdering av kvaliteten på forholdet dem imellom.»⁸⁹ I storkammersaken K. and T. v. Finland uttaler domstolen at spørsmålet om det foreligger «familieliv» eller ikke, i det vesentlige er avhengig av om det faktisk sett eksisterer nære bånd.⁹⁰ Elisabeth Gording Stang presiserer at det dermed er det faktiske, og ikke det biologiske, familieforholdet som skal ha betydning for rekkevidden av artikkel 8⁹¹: «Det er avgjørende hvor nær personlig tilknytning det er mellom barnet og den som påstår seg krenket.»⁹² Ifølge Gording Stang viser EMD på denne måten at artikkel 8 er en dynamisk bestemmelse som «tolkes i takt med de endringer i familiestrukturen som utviklingen fører med seg».⁹³ Trude Haugli og Toril

⁸⁷ Nordeide, Møse og Aall, 2010, note 3.

⁸⁸ Marckx v. Belgium, 1979, avsnitt 45. Se også Bronda v. Italia, avsnitt 51 og K. and T. v. Finland, avsnitt 150, Høgberg og Høstmælingen, 2010, side 104-105.

⁸⁹ Loftsgaard og Alstad, 2003, side 78.

⁹⁰ K. and T. v. Finland, avsnitt 150.

⁹¹ Stang, 2012, side 163.

⁹² *ibid.* s. 162.

⁹³ *ibid.* s. 163.

Havik er enige i dette, og presiserer at hvorvidt noen er beskyttet av retten til respekt for familielivet, avhenger av «en helhetsvurdering hvor både nærhet i slektskap og tettheten med hensyn til kontakt og sosiale forhold vil spille inn. Generelt kan man si at jo fjernere slektsbåndene er, desto nærere må de sosiale forholdene være.»⁹⁴ Dersom det foreligger «familieliv» oppfatter statens respekt for dette at den plikter å la båndene mellom familiemedlemmene utvikle seg på en normal måte.⁹⁵ Dersom staten nekter eller vanskeliggjør kontakt mellom barnet og den det har nære bånd til, kan det medføre konvensjonsbrudd.⁹⁶

Ifølge EMD er omsorgsovertakelse et inngrep i retten til respekt for familieliv i artikkel 8.⁹⁷ Et slikt inngrep er bare legitimt dersom det oppfyller vilkårene i artikkelens andre ledd: Inngrepet må være i «samsvar med loven», oppfylle et av flere opplistede allmenne formål, som for eksempel å «beskytte andres rettigheter og friheter», samt være «nødvendig i et demokratisk samfunn».⁹⁸ Det er gjerne sistnevnte som er det diskuterbare punktet. Myndighetene må ha forsøkt alle rimelige alternative tiltak før det fattes vedtak om omsorgsovertakelse.⁹⁹ Når en omsorgsovertakelse først er legitim, faller retten til samvær inn under bestemmelsen. Dette er en fundamental del av familielivet, og samværsretten forsvinner ikke selv om barnet tas under omsorg, jf. *W. v. the United Kingdom*.¹⁰⁰ Staten plikter å legge til rette for at kontakten mellom barnet og foreldrene opprettholdes, selv etter omsorgsovertakelse.¹⁰¹ Dersom andre enn foreldre blir ansett å ha et familieliv med barnet etter artikkel 8, bør de samme rettighetene tilfalle dem. Disse rettighetene er likevel ikke absolutte, og kan måtte vike dersom de for eksempel står i motsetning til andre av barnets rettigheter, jf. EMK artikkel 8 nr. 2. Ifølge Trude Haugli og Toril Havik vil forholdsmessighetsvurderingen av om det er nødvendig å begrense eller avskjære samvær sannsynligvis være strengere dersom det er tale om barnet og

⁹⁴ Haugli og Havik, 2010, side 129, se også Haugli, 2000, side 370.

⁹⁵ Se *Marckx v. Belgium*, 1979, avsnitt 45.

⁹⁶ Haugli og Havik, 2010, side 129.

⁹⁷ Se blant annet *Johansen v. Norway*, 1996, avsnitt 52, *K. and T. v. Finland*, avsnitt 151, *McMichael v. the United Kingdom*, 1995, avsnitt 86.

⁹⁸ Se også *K. and T. v. Finland*, avsnitt 151 og NOU 2012: 5 s. 73.

⁹⁹ NOU 2012: 5 s. 73.

¹⁰⁰ *W. v. the United Kingdom*, 1987, avsnitt 59.

¹⁰¹ Nordeide, Møse og Aall, 2010, note 70.

foreldre enn barnet og andre. Foreldrene har altså sterkere beskyttelse enn betydningsfulle andre etter EMK.¹⁰²

Foruten EMK artikkel 8 har barn en særlig beskyttelse for sitt familieliv gjennom barnekonvensjonen artikkel 16. Det følger av denne at ingen barn skal utsettes for «vilkårlig eller ulovlig innblanding i sitt privatliv, sin familie, sitt hjem eller sin korrespondanse». Ifølge forarbeidene til barnevernloven innebærer dette at barnets rett til beskyttelse av sitt familieliv ikke bare gjelder kontakt med foreldrene, men også andre som faller innenfor familielivbegrepet.¹⁰³ Barnekonvensjonen forutsetter at omsorgsovertakelse kan skje i enkelte situasjoner, for eksempel når barn er mishandlede eller forsømte. FNs barnekomité har likevel uttrykt en restriktiv holdning til omsorgsovertakelse. Den poengterer at alternative tiltak må vurderes.¹⁰⁴

¹⁰² Haugli og Havik, 2010, s. 129.

¹⁰³ Prop.106 L (2012-2013) s. 170.

¹⁰⁴ Committee on the Rights of the Child, 2006, avsnitt 42.

5 Barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd

5.1 Bakgrunn

Etter intern norsk rett er det i utgangspunktet foreldrene som har rett til samvær med et barn, jf. barnevernloven § 4-19 første ledd.¹⁰⁵ Ifølge forarbeidene bør ikke andre enn barnets foreldre tilkjennes samværsrett på bekostning av foreldrene. Barnet kan opprettholde kontakt med slektninger og andre, så som søsken og besteforeldre, gjennom foreldrenes samvær.¹⁰⁶ Barneverntjenesten kan også tilrettelegge for samvær med betydningsfulle andre uten at det fastslås en rett.¹⁰⁷ Når dette ikke skjer, gir barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd to muligheter for at slektninger og andre kan tilkjennes samværsrett.

Bestemmelsen ble endret ved lov 1. desember 2006 nr. 65, i kraft 1. januar 2007. Bakgrunnen for endringen var at det frem til da omtrent hadde vært nok å pretendere en rett til samvær med barnet for at fylkesnemnda måtte realitetsbehandle saken.¹⁰⁸ Nærmest enhver med en viss tilknytning til barnet kunne få prøvd spørsmålet om samværsrett. Ifølge Høyesterett kunne en begjæring bare nektes behandlet når tilknytningen var «så fjern at det åpenbart ikke er rettslig adgang til å gi vedkommende samværsordning».¹⁰⁹ Det skulle dermed mye til for at et krav kunne avvises.

I tillegg var det slik at samværsrett ble behandlet som del av det totale omsorgskomplekset. Høyesterett så på samvær som én fastsatt «kake», som enten gikk til foreldrene eller måtte fordeles mellom foreldre og andre. Hver gang noen ønsket en større del av kaken, måtte alle parter kalles inn til ny fordelingssak. Alle fikk partsstatus, og dermed tilgang til sensitive dokumenter og opplysninger angående hverandre, og særlig om barnets foreldre. Omsorgsovertakelsesdokumentene hadde strengt tatt ikke betydning for samværsrettskravet, men ble like-

¹⁰⁵ Se også Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 33.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) side 45.

¹⁰⁷ *ibid.* s. 45, Hove, 2011, note 194.

¹⁰⁸ Rt. 2001 s. 835, Rt. 2005 s. 8, Hove, 2011, note 186.

¹⁰⁹ Rt. 2005 s. 8.

vel del av saken på grunn av den felles behandlingen.¹¹⁰ Dette så departementet på som «uheldig».¹¹¹ Slik rettstilstanden er nå, skilles det mellom omsorgssaken og samværsaken. Dette sies ikke eksplisitt i forarbeidene, men departementet mener:

«[...] at situasjonen i de fleste samværsaker etter barnevernloven imidlertid er slik at vurderingen for fylkesnemnda og retten er om det vil være til barnets beste å ha samvær med en bestemt person, uten at barnets "tålegrense" for samvær blir satt på spissen eller andres samværsrett har konkret betydning.»

Dette må bety at det er mulig å behandle et krav om samværsrett for seg selv, uten at alle andre samværsberettigede parter dras inn i saken. Og uten at den som framstiller kravet får partsrettigheter og innsyn i omsorgssaken og dens dokumenter.

Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 2001 s. 835 var bakgrunnen for lovendringen i 2007.¹¹² Ved endringen ble kretsen av personer som kunne være part i en samværsak betydelig begrenset. Det ble også stilt strengere krav til hva som må foreligge for at andre enn foreldre kan få samværsrett.¹¹³ I dag er det ifølge forarbeidene bare personer som kan dokumentere en «særlig tilknytning til barnet» som kan kreve at fylkesnemnda behandler spørsmål om samværsrett.¹¹⁴ Tilknytningen kan ha oppstått gjennom slektskap eller på andre måter.¹¹⁵ I praksis betyr dette likevel at andre enn barnets foreldre «som hovedregel ikke har rett til å kreve at fylkesnemnda behandler deres krav om samværsrett.»¹¹⁶ Er vilkårene ikke oppfylt, er rettsvirkningen at kravet kan avvises.

Utvalget i NOU 2012: 5 uttalte at en av grunnene for begrensingen i personkretsen som kan kreve samværsrett med barnet, er at det etter en omsorgsovertakelse «er viktig at barnet får

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 44-45.

¹¹¹ *ibid.* s. 44.

¹¹² *ibid.* s. 44, Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 37, Ofstad og Skar, 2009, side 175.

¹¹³ Haugli og Havik, 2010, side 130.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 125.

¹¹⁵ *ibid.* s. 125.

¹¹⁶ Ofstad og Skar, 2009, side 175.

samvær med sine foreldre, men at barnet også vil ha behov for tilhørighet til fosterfamilien og miljøet der det bor.»¹¹⁷

5.2 Hvem kan ha rett til samvær?

5.2.1 Partsstilling

Barnet selv har ikke mulighet til å kreve et samværskrav behandlet etter barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd. Dette tilkommer den som ønsker samvær med barnet. Før et krav om samværsrett kan realitetsbehandles må fylkesnemnda ta stilling til om kravet skal fremmes, jf. Rt. 2011 s. 1601.¹¹⁸ For at kravet skal kunne fremmes, må den som krever det fremmet ha partsstatus.

I samværsaker fatter fylkesnemnda enkeltvedtak. Hvem som kan være part bestemmes i utgangspunktet av forvaltningsloven § 2 første ledd litra e. Denne definerer en part som en «person som en avgjørelse retter seg mot eller som saken ellers direkte gjelder». Personen må ha en viss interesse i saken, og vedtaket må få virkninger for dem. For at slektninger og andre skal få partsstatus til en samværsrettssak uttaler departementet at:

«[...] det sentrale vurderingstema er hvorvidt den aktuelle personen har tilstrekkelig grad av tilknytning til saken, og at i denne sammenheng er personens tilknytning til barnet det sentrale.»¹¹⁹

Tilknytningsvilkåret diskuteres nærmere nedenfor i punkt 5.2.3.2. Tilknytningen til barnet kan være faktisk eller rettslig. Det er den reelle tilknytningen som er avgjørende.¹²⁰ Så lenge den foreligger har man tilknytning til saken.¹²¹

Barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd er prosessuelle bestemmelser som setter ytterligere skranker for betydningsfulle andres partsevne og muligheten til å få et samværskrav reali-

¹¹⁷ NOU 2012: 5, side 103.

¹¹⁸ Rt. 2011 s. 1601 avsnitt 32.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 44.

¹²⁰ ibid. s. 44.

¹²¹ NOU 2005: 9 side 51.

tetsbehandlet. Dersom vilkårene i et av leddene er oppfylt, har man partsevne. For begge leddene må tilknytningen til barnet dokumenteres.¹²² Ifølge Høyesterett er det tilknytningen på domstidspunktet som er avgjørende.¹²³ Kan man ikke dokumentere denne, kan saken avvises.¹²⁴

Først etter at spørsmålet om partsstilling er behandlet og har ført frem, kan fylkesnemnda behandle samværsrettsspørsmålet.¹²⁵

5.2.2 Barnevernloven § 4-19 tredje ledd

Barnevernloven § 4-19 tredje ledd omhandler samværsrett for personer som har hatt den daglige omsorgen for barnet forut for omsorgsovertakelsen. Personene det er tale om kan for eksempel være besteforeldre eller en forelders samboer. Forarbeidene nevner «steforeldre eller andre personer barnet har bodd sammen med og som i tillegg har fungert som barnets omsorgspersoner»¹²⁶, samt «besteforeldre eller kjente som barna bor hos ved en privat plassering».¹²⁷

Bestemmelsen stiller opp tre vilkår for at en annen enn foreldrene kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsrettskravet:

5.2.2.1 «Ivaretatt den daglige omsorgen»

Det første vilkåret er at den andre må ha «ivaretatt den daglige omsorgen» for barnet. I uttrykket «daglig omsorg» ligger ikke et krav om slektskap. Den som har den «daglige omsorgen» for barnet bor sammen med det og sørger for at det har husly, varme, en seng å sove i, mat å spise og klær på kroppen.¹²⁸ Det er denne personen som tar avgjørelsen i alle spørsmål om «den generelle oppdragelse av barnet, vanlig oppfølging i forhold til skole og de nødven-

¹²² RG 2007 s. 1525, Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 45-46.

¹²³ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 58.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

¹²⁵ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 32 og 57.

¹²⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 125- 126.

¹²⁷ Prop.106 L (2012-2013) side 169.

¹²⁸ Se for eksempel Smith og Lødrup, 2007, side 98.

dige tiltak ved sykdom.»¹²⁹ Ifølge Elisabeth Gording Stang inneholder uttrykket en «rett og plikt til å ta vare på og sørge for barnet i dagliglivet, og treffe beslutninger i daglige spørsmål som angår barnet».¹³⁰

Det er verdt å merke seg at barnevernloven skiller mellom begrepene «daglig omsorg» og «omsorg», se barnevernloven § 4-18. Ifølge Harald Hove kan dette bety at overordnede avgjørelser som om barnet skal gå i barnehage tilligger barnevernet, som har ansvaret for «omsorgen», mens de fleste mer hverdagslige avgjørelser tilligger fosterforeldrene, som har den «daglige omsorgen».¹³¹ Lucy Smith og Peter Lødrup mener derimot at «omsorg» er en betegnelse som brukes for barneverntjenestens utvidede ansvar for barnet. Det vil si at barneverntjenesten står ansvarlig for «hvordan barnet har det, utreder utgiftene ved dets underhold og har myndighet til å bestemme over barnet».¹³² Akkurat hvor grensen går mellom de to begrepene er altså litt uklart. Likevel vil nok dette sjelden eller aldri være et problem i spørsmålet om noen har hatt den daglige omsorgen forut for en omsorgsovertakelse, siden bestemmelsen setter minimumsansvaret («den daglige omsorgen») som vilkår.

Det rettslige omsorgsbegrepet skiller seg også fra bruken i helse- og sosialsektoren for øvrig. Innen barnevernet omfatter det «mange flere og sterkere elementer av rett og plikt til å bestemme i personlige forhold enn det som rettslig følger av en [sic] pleieomsorgen som utøves f eks på sykehus.»¹³³

Den rettslige daglige omsorgen er også noe annet enn det begrensede foreldreansvaret, som foreldrene vanligvis har i behold etter en omsorgsovertakelse.¹³⁴ I dette ligger at foreldrene fremdeles kan utøve innflytelse på spørsmål som ikke angår den daglige omsorgen: «Vesentlige spørsmål som valg av skole, utdanning og religiøse spørsmål er en del av foreldreansvaret, hvis foreldrene ønsker å ha innflytelse i disse spørsmål.»¹³⁵

¹²⁹ Innst. O. nr. 80 (1991-1992), side 26.

¹³⁰ Stang, 1995, side 23.

¹³¹ Se Hove, 2011, note 181-183.

¹³² Smith og Lødrup, 2007, side 98.

¹³³ Haugli, 2000, side 116.

¹³⁴ Tjomsland, 2003, side 15.

¹³⁵ Innst. O. nr. 80 (1991-1992), side 26.

Etter forarbeidene må barnet ha bodd sammen med omsorgspersonen «over tid», og ha opparbeidet en sterk tilknytning til ham eller henne. Bestemmelsen omfatter ikke «kortvarige opphold som har mer preg av avlastning».¹³⁶ Domstolene må avgjøre om tidskravet er oppfylt. I Frostating lagmannsretts dom LF-2009-88113 uttales det at to måneder ligger i nedre grense av hva som kan anses å gå inn under uttrykket «over tid».¹³⁷ I fylkesnemndsvedtaket FNV-2011-257-NOR uttaler fylkesnemnda i Nordland at to måneder regnes som et skjæringspunkt for når § 4-19 tredje ledd kan påberopes.¹³⁸ Nemnda mener også at det foreliggende tilfellet, hvor barnet har bodd hos besteforeldrene i åtte måneder, klart faller innenfor grensene for uttrykket.

Det må avgjøres konkret om den andre har vært omsorgsperson eller ikke. Momenter av betydning kan være barnets alder, hvor omfattende omsorgen eller avlastningen har vært, hvor lenge den har pågått og når i barnets levetid den fant sted.

5.2.2.2 «I foreldrenes sted»

Det andre vilkåret er at omsorgen må ha vært ivaretatt «i foreldrenes sted». Dette henger sammen med at det er den daglige omsorgen det er tale om. Omsorgen kan ha blitt ivaretatt i en forelders sted i barnets eget hjem, for eksempel av en steforelder. Barnet kan også ha bodd hos andre på grunnlag av en privat avtale, for eksempel barn som bor hos besteforeldre eller en tante. Det avgjørende er om personen faktisk har hatt omsorgen for barnet. Dette ble blant annet lagt til grunn i EMDs avgjørelser *Bronda v. Italia* og *K. and T. v. Finland*, hvor henholdsvis besteforeldre og stefar ble ansett å ha hatt et familieliv med barnet fordi de hadde bodd sammen med det. Dette til tross for at barnets mor også bodde sammen med dem.¹³⁹ Personer som bare har avlastet foreldrene har ikke hatt omsorgen i foreldrenes sted, og kan dermed ikke kreve at et samværskrav behandles.¹⁴⁰

¹³⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

¹³⁷ LF-2009-88113.

¹³⁸ FNV-2011-257-NOR.

¹³⁹ Se *Bronda v. Italia*, avsnitt 51 og *K. and T. v. Finland*, avsnitt 150.

¹⁴⁰ Se Ofstad og Skar, 2009, side 176.

5.2.2.3 «Forut for omsorgsovertakelsen»

Det tredje vilkåret er at det må ha vært «forut for omsorgsovertakelsen». Det sies ikke hvor nylig den andre må ha ivaretatt omsorgen, men dette kan være et moment ved realitetsbehandlingen.

Ifølge Høyesterett avskjærer ordlyden tidligere fosterforeldre fra å kreve samværsrett etter dette leddet, så lenge de ikke hadde omsorgen etter en privat avtale forut for omsorgsovertakelsen.¹⁴¹ Fosterforeldre må eventuelt kreve samvær etter fjerde ledd. Ifølge fylkesnemnda i Nordland faller også tvangsmessige akutt plasseringer foretatt av barneverntjenesten i medhold av barnevernloven § 4-6 annet ledd utenfor. Nemnda mener at disse må likestilles med omsorgsovertakelser.¹⁴²

5.2.3 Barnevernloven § 4-19 fjerde ledd

Barnevernloven § 4-19 fjerde ledd omhandler samværsrett for slektninger og andre personer som barnet har en nær tilknytning til, uten at de nødvendigvis har hatt den daglige omsorgen for barnet. Leddet har som hovedformål å sikre at barnet kan holde kontakt med nære slektninger dersom samvær med en eller begge av foreldrene ikke er mulig.¹⁴³ Sagt på en annen måte skal bestemmelsen «sikre en formalisert rett til samvær for å ivareta viktige og allerede etablerte relasjoner».¹⁴⁴ Liksom etter første ledd er det barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1, som ifølge forarbeidene skal være «avgjørende for om det skal fastsettes samvær for andre enn foreldrene og eventuelt for omfanget av samværsretten».¹⁴⁵

Bestemmelsen gir to alternative muligheter for samvær. Den stiller opp både kumulative og alternative vilkår som må oppfylles for at noen kan kreve at fylkesnemnda tar stilling til samværsrettskravet. Gjennom litra a kan man kreve realitetsbehandling av samværsrettskravet dersom den ene eller begge foreldrene er døde, og gjennom litra b kan man kreve det dersom en eller begge foreldrene ikke skal ha rett til samvær med barnet, eller at denne er svært be-

¹⁴¹ Se Rt. 2011 s. 1601 avsnitt 50 og 66.

¹⁴² Se FNV-2011-257-NOR.

¹⁴³ Hove, 2011, note 194.

¹⁴⁴ Haugli og Havik, 2010, side 132.

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

grenset. Den videre behandlingen av fjerde ledd vil gjennomgå vilkårene som må være til stede for dette.

5.2.3.1 «[S]lektninger, eller andre som barnet har en nær tilknytning til»

For det første må den som ønsker samværsrett med barnet være dets slektning eller en annen det har nær tilknytning til. I forarbeidene forklarer lovgiver regelen med at foreldre som har begrenset samvær med barna sine vil være «avskåret fra å være bindeleddet mellom barnet og andre personer barnet har tilknytning til».¹⁴⁶

Ordlyden tyder på at slektninger automatisk omfattes av fjerde ledd. Kommaet etter «slektninger» gjør at vilkåret om «nær tilknytning» tilsynelatende bare refererer til «andre». Til tross for at ordlyden er nokså klar, forutsetter forarbeidene at det også for slektninger er avgjørende om de har en nær tilknytning til barnet for at de «skal ha rett til å få samværsspørsmålet behandlet.»¹⁴⁷ I Oslo tingretts dom TOSLO-2007-56766 vises det for eksempel til at et krav fra mors halvsøster og mors søster om rett til samvær med to barn ble avvist fordi fylkesnemnda fant at de ikke hadde dokumentert nær tilknytning til barna, jf. barnevernloven § 4-19 fjerde ledd. Slektingene tok da ut stevning ved Oslo tingrett blant annet med påstand om at vedtaket oppheves. Tingretten avviste søksmålet.¹⁴⁸ Et hensyn bak samværsretten er et ønske om å bevare allerede oppståtte relasjoner, ikke å skape nye. Og dette gjelder både for slektninger og andre.

Ordlyden krever videre at det er barnet som skal ha en «nær tilknytning» til personen som ønsker samvær, ikke det motsatte.¹⁴⁹ Dette gjelder for både litra a og b. Til tross for dette er det bare slektingene og andre som kan kreve behandling av samværskravet, ikke barnet selv. I praksis kan det muligens være vanskeligere for den betydningsfulle andre å dokumentere at barnet har nær tilknytning til ham eller henne, enn det er å dokumentere at han eller hun har nær tilknytning til barnet eller at de har nær tilknytning til hverandre.

¹⁴⁶ *ibid.* s. side 45.

¹⁴⁷ *ibid.* s. 45-46.

¹⁴⁸ TOSLO-2007-56766.

¹⁴⁹ Haugli og Havik, 2010, side 133.

Likevel er det et viktig poeng at det er den andre som kan kreve behandling heller enn barnet. For å finne frem til betydningsfulle andre må man lete i barnets biologiske eller sosiale omkrets. Slektninger og andre kan føle seg tvunget og forpliktet til å ta ansvar ved å ha samvær med barnet, særlig om barnet selv ønsker et krav om samvær behandlet av fylkesnemnda. Dette er ikke ideelt, verken for barnet eller den andre. Man bør ikke tvinge slektninger til å omgås et barn de ikke har tilknytning til eller ønsker å omgås. Det er derfor viktig at det er de betydningsfulle andre som melder seg selv.

Videre nevnes det ikke spesifikt hvem disse «andre» er. Forarbeidene tar ikke direkte stilling til om personkretsen inkluderer for eksempel tidligere fosterforeldre og ansatte i hjelpeapparatet. Men det er heller intet som tilsier at de ekskluderes.¹⁵⁰ Med støtte i dette og lovbestemmelsens ordlyd, slår derfor Høyesterett fast i Rt. 2011 s. 1601 (dissens 4-1) at tidligere fosterforeldre og lignende grupper omfattes:

«[...] [F]osterforeldre må etter min oppfatning kunne fremme krav om samvær etter § 4-19 fjerde ledd, dersom vilkårene her er oppfylt. Det er "barnets slektninger, eller andre som barnet har nær tilknytning til" som kan kreve samvær. Etter loven er det således barnets tilknytning til vedkommende som er det avgjørende. Det finnes ingen støtte i ordlyden for å holde enkelte persongrupper utenfor, hvis barnet har nær tilknytning til dem.»¹⁵¹

5.2.3.2 «Tilknytning»

Når det gjelder andre enn foreldre er barnets «tilknytning» til personen det sentrale. Begrepet omfatter ikke bare den følelsesmessige tilknytningen man kjenner til personer man har bodd sammen med over tid. Det kan også inkludere identitetsfremmende tilknytning til et miljø, en kultur eller et sted. Et eksempel på sistnevnte kan være et barn som er odelsgutt til en gård hvor han har tilbrakt feriene sine. Det kan være mulig å tilkjenne samvær med besteforeldrene på gården, slik at han får opprettholdt tilknytningen til røttene sine og området han en dag vil

¹⁵⁰ Se Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 46 og 126.

¹⁵¹ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 51-52.

ha mulighet til å overta.¹⁵² Et annet eksempel finnes i en av sakene om samværsrett for andre enn foreldre behandlet av fylkesnemnda i Oslo og Akershus i 2013. Saken dreide seg om en syv år gammel gutt med afghansk opprinnelse. Mor var død. Far var fradømt foreldreansvaret og nektet samvær. Gutten bodde i fosterhjem uten afghansk bakgrunn. En onkel og tante på morssiden, som var bosatt i England, fikk foreldreansvaret for gutten. De hadde ikke hatt kontakt med ham tidligere. Da barneverntjenesten overtok omsorgen for gutten, ble onkel og tante likevel tilkjent samvær to ganger i året etter barnevernloven § 4-19 fjerde ledd. Det kan diskuteres om dette var riktig hjemmel for fastsettelsen av samvær, men nemnda la i vedtaket etter fjerde ledd stor vekt på at onkel og tante kunne gi gutten kjennskap til hans kulturelle, etniske og religiøse bakgrunn, noe han hadde lite kunnskap om.

Ifølge forarbeidene må tilknytningen dokumenteres for at et krav om samværsrett kan kreves behandlet.¹⁵³ Dette betyr at fylkesnemnda ikke kan bygge ene og alene på det som pretendres. For at fjerde ledd ikke skal være illusorisk, må det noe mer til. Den som fremsetter kravet har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Dette er i samsvar med alminnelige sivilprosessrettslige prinsipper hvor den som pretenderer å ha en rett har bevisbyrden for at den foreligger. Ifølge Høyesterett i Rt. 2011 s. 1601 er tilknytningen på domstidspunktet avgjørende ved fastleggingen av partsstillingen. Ved vurderingen er det «naturlig å ta utgangspunkt i de objektive momenter som belyser tilknytningen». I saken, som omhandler en fostermors krav på samvær med en tidligere fosterdatter, tar førstvoterende utgangspunkt i hyppigheten og kontinuiteten i samværene. Det uttales at:

«[d]en mer dyptgripende vurdering av kvaliteten på tilknytningen, personlige forhold hos barna og fostermoren, den konkrete betydning av tidsforløpet og andre forhold som krever en grundigere - og kanskje sakkyndig - vurdering, må utstå til den senere realitetsvurdering.»¹⁵⁴

¹⁵² Dette var tilfellet i en sak for fylkesnemnda i Oslo og Akershus. Jeg har dessverre ikke hatt tilgang til saken, men har fått den referert av fylkesnemndlederen som behandlet den.

¹⁵³ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

¹⁵⁴ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 58.

Frostating lagmannsrett fulgte dette opp i RG 2012 s. 1523. En farmor ønsket samvær med barnebarnet sitt. Barnet ble tatt under omsorg da det var 2,5 år gammelt, og var 5 år på domstidspunktet. Spørsmålet var om begrenset kontakt i tidsforløpet mellom omsorgsovertakelsen og domstidspunktet hadde «fratatt forholdet mellom [barnet] og farmoren den karakter av nærhet loven krever». Lagmannsretten kom etter skarp dissens (3-2) fram til at farmor både oppfylte kravet til tilknytning da omsorgsovertakelsen fant sted, og at hun fremdeles gjorde det. Flertallet uttalte at det ikke bør stilles for strenge krav til hva som skal til for overhodet å komme i partsposisjon.

Dersom tilknytningen ikke dokumenteres kan saken avvises¹⁵⁵ etter barnevernlovens § 7-13 annet ledd. Et eksempel på dette er Borgarting lagmannsretts kjennelse i RG 2007 s. 1525. En tidligere fosterfar krevde at fylkesnemnda skulle avgjøre hans krav om samværsrett tre år etter at barnet hadde flyttet i nytt fosterhjem. Ifølge lagmannsretten skulle både fylkesnemnda og tingretten ha avvist kravet fordi fosterfaren ikke hadde dokumentert nok tilknytning til barnet. Retten la blant annet vekt på fosterbarnets unge alder og at hun bare hadde hatt begrenset kontakt med den tidligere fosterfaren siden hun flyttet fra ham.¹⁵⁶

5.2.3.3 «Døde»

Litra a inneholder et av fjerde ledds alternative vilkår: den ene eller begge foreldrene må være døde. Ifølge forarbeidene kommer retten til å få samværskravet behandlet an på hvilken av foreldrene som er død:

«Er bare en av foreldrene død, gjelder retten til å kreve samvær slektningene til den av foreldrene som er død og andre barnet er nært knyttet til gjennom den av foreldrene som er død.»¹⁵⁷

Den gjenlevende forelderens slektninger må opprettholde kontakt gjennom dennes samvær med barnet.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

¹⁵⁶ RG 2007 s. 1525, se også Ofstad og Skar, 2009, side 176.

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

Forarbeidene vektlegger altså at den som vil ha samværskrav behandlet må ha en relasjon til den av foreldrene som er død eller har svært begrenset samværsrett. Dette kan tyde på at tidligere fosterforeldre og andre som ikke har en spesiell tilknytning til en spesifikk forelder, men bare barnet, ikke skal kunne kreve samværsrett. Dette uttalte imidlertid Høyesterett seg om i Rt. 2011 s. 1601. Ifølge førstvoterende skal tidligere fosterforeldre og andre innen hjelpeapparatet ha mulighet til å kreve samværsrett dersom tilknytningen til barnet foreligger. Det er uvesentlig at tilknytningen ikke er etablert «gjennom» en av foreldrene. Dommen er avsagt under dissens 4-1, og dissenterende dommer Noer har flere interessante betraktninger angående denne problematikken. Noer mener at fosterforeldre ikke kan reise krav etter barnevernloven § 4-19 tredje eller fjerde ledd. Hun innrømmer at ordlyden i fjerde ledd taler for at fosterforeldre omfattes, men mener at dette ikke er entydig dersom leddet leses i sammenheng med resten av bestemmelsen. Hun mener at bestemmelsen verken er ment for, eller passer for, fosterforeldres rett til å kreve samvær med barnet, og viser til at det ifølge forarbeidene er «omfanget av biologisk mors eller fars samvær» som er avgjørende for om samværsrett gis etter fjerde ledd:

«Det er liten grunn til at omfanget av mors eller fars samværsrett skal være avgjørende for om en tidligere fostermor eller fosterfar skal kunne kreve samvær med barnet i sak for fylkesnemnda.»¹⁵⁸

Noer peker også på lovgivers uttalelser om at bare slektningene til den av foreldrene som er død eller har fått redusert samværsrett kan kreve at fylkesnemnda behandler samværskrav:

«Fosterforeldrenes forhold til barnet er ikke "gjennom" noen av de biologiske foreldrene. Også denne uttalelsen indikerer at bestemmelsen ikke er ment å omfatte fosterforeldre.»¹⁵⁹

Noer påpeker blant annet at barnevernloven generelt sett ikke legger til grunn at fosterforeldre som skilles fra fosterbarn skal ha samværsrett med disse. Hun mener det er kunstig at tilfeller som dette behandles annerledes. Hun finner heller ikke støtte for dette i juridisk litteratur.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 69.

¹⁵⁹ *ibid*, avsnitt 69.

Høyesteretts flertall kom som sagt likevel til at fjerde ledd ikke skal tolkes innskrenkende, og at personkretsen som omfattes inkluderer tidligere fosterforeldre. Dette gjelder både litra a og b (som omhandles nedenfor). I slike og lignende tilfeller vil formålet med samværsretten være å bevare relasjonen barnet og den andre har, ikke å gi eller opprettholde kunnskap om den biologiske slekten. Uten flertallets avgjørelse ville fosterforeldre vært avskåret fra å få prøvd spørsmålet om samværsrett med tidligere fosterbarn. Dette ville muligens vært i strid med EMK artikkel 8, hvor fosterforeldre kunne blitt ansett for å ha et «familieliv» med barnet, og en dertil følgende rett til samvær med det, se oppgavens punkt 4.

5.2.3.4 «Svært begrenset»

Litra b inneholder fjerde ledds andre alternative vilkår: den ene eller begge foreldrene må ha «svært begrenset» eller intet samvær. I slike tilfeller er det umulig for foreldrene å være bindeleddet mellom barnet og den andre personen.¹⁶¹ Uttrykket «svært begrenset» er skjønnsmessig, og hva som ligger i det er ikke helt klart. Domstolene og fylkesnemnda må fastsette dette gjennom praksis.

Så langt har Høyesterett i Rt. 2011 s. 1601 uttalt at det ikke er det faktiske samværet det kommer an på, men minimumssamværet fastsatt av fylkesnemnda:

«Etter min mening må det samvær som fremgår av slutningen i fylkesnemndas vedtak her være avgjørende. Ordlyden trekker klart i denne retning. Jeg forstår premissene i nemndas vedtak slik at barneverntjenesten oppfordres til å forsøke å øke samværet utover det minimum som er fastsatt i vedtaket, men moren kan ikke bygge noen rett på dette. Det ville også - i en prosessuell sammenheng - være lite heldig om en måtte bygge på undersøkelser av hvor omfattende det faktiske samværet har vært. Skal økt samvær for mor få konsekvenser for andres mulighet til å oppnå partsstilling, må dette formaliseres i et nytt nemndsvedtak.»¹⁶²

¹⁶⁰ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 73-77.

¹⁶¹ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 45.

¹⁶² Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 60.

Ifølge Høyesterett faller samvær med foreldre i to timer tre ganger per år innenfor uttrykket «svært begrenset». Det vises til at forarbeidene bruker uttrykket «et par ganger i året» som eksempel på samvær som bør likestilles med intet samvær.¹⁶³ Førstvoterende nevner også at samvær fire ganger i året eller oftere ifølge juridisk teori ikke kan anses som svært begrenset samværsrett.¹⁶⁴ Dommen gjengitt i Rt. 2006 s. 1672 peker i samme retning. Her ble samværsrett for foreldrene satt til seks timer seks ganger i året. Dette ble ansett som «relativt begrenset» samværsrett. «Svært begrenset» samværsrett må da ligge en del under dette.¹⁶⁵ Knut Lindboe antar at Rt. 2011 s. 1601 angir den øvre grensen for «svært begrenset» samvær.¹⁶⁶ Likevel kom Frostating lagmannsrett i RG 2012 s. 1523 til at samvær med far i tre timer tre ganger i året under tilsyn også måtte anses som svært begrenset: «Selv om hvert samvær er en time lenger, vil det gå svært lang tid mellom hver gang B møter faren.» Nylig fant retten i Sør-Trøndelag tingretts dom TSTRO-2013-129872 at mors samvær på fire timer fire ganger i året med tilsyn var et svært begrenset samvær i den konkrete sammenhengen.

Ifølge forarbeidene er personkretsen som kan kreve et krav om samværsrett behandlet når en av foreldrene er nektet samvær, «bare slektningene til den som er nektet samvær og personer barnet har en etablert tilknytning til gjennom vedkommende.»¹⁶⁷ Gjeldende rett er likevel etter Høyesteretts uttalelser i Rt. 2011 s. 1601 den samme som beskrevet ovenfor i punkt 5.2.3.3. Tidligere fosterforeldre og andre som har en tilknytning som ikke er «gjennom» en av de biologiske foreldrene, omfattes derfor også.

¹⁶³ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 61, Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 45.

¹⁶⁴ Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 61, se også Ofstad og Skar, 2009, side 178.

¹⁶⁵ Rt. 2006 s. 1672, avsnitt 54.

¹⁶⁶ Lindboe, 2012, side 119.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

6 Fastsettelse av samværsrett

6.1 Momenter som spiller inn i vurderingen av samværsrett

At man vinner frem etter barneloven § 4-19 tredje eller fjerde ledd vil ikke si at man har vunnet frem med selve samværsrettskravet. Først når det er avgjort at den som krever samværsrett har partsstilling, kan selve kravet realitetsbehandles. Fylkesnemnda avgjør om samværsrett skal innvilges ved å foreta en helhetsvurdering hvor en rekke momenter får betydning. Hensynet til barnets beste er grunnleggende ved vurderingen av alle momentene, jf. barnevernloven § 4-1. Dette gjelder både for spørsmålet om det skal gis samværsrett og for omfanget av retten. Forarbeidene viser til at vurderingen for fylkesnemnda og retten er «om det vil være til barnets beste å ha samvær med en bestemt person».¹⁶⁸

En vurdering av samvær etter barnevernloven er forskjellig fra fastsettelse av samvær etter barneloven. Dette fordi ulike hensyn gjør seg gjeldende i en barnevernsak og en barnefordelingssak.¹⁶⁹ I vurderingen av samværsrett for betydningsfulle andre vektlegges likevel flere av de samme momentene som når foreldres samværsrett etter barnevernloven vurderes. Det skal legges vekt på å sikre barnet en stabil og god kontakt med voksne. Videre vurderes det blant annet om samværet er utviklingsfremmende eller hindrende for barnet, hvor nært forholdet mellom barnet og vedkommende er, kvaliteten på forholdet, hvor stort tap det vil være for barnet om kontakten brytes, om personen som ønsker samvær vil være en sentral del av barnets nettverk dersom det tilbakeføres til foreldrene, og hvor omfattende det totale samværet med både foreldre og andre vil bli.¹⁷⁰ For samvær med foreldrene, legger Høyesterett blant annet vekt på hvordan et eventuelt samvær til nå har fungert. I tillegg legges det ifølge forarbeidene særlig vekt på «plasseringens antatte varighet, barnets alder, barnets særlige behov, barnets reaksjoner på samvær og ulike forhold ved foreldrene og plasseringsstedet.»¹⁷¹ Disse momentene kan også være relevante for vurderingen av samvær med andre enn foreldre. Iføl-

¹⁶⁸ *ibid.* s. 45.

¹⁶⁹ Rt. 1996 s. 1684 og Rt. 1998 s. 787.

¹⁷⁰ Haugli og Havik, 2010, side 135.

¹⁷¹ NOU 2012: 5, side 103.

ge Høyesterett er uansett hovedmålsettingen over tid at samværet «fungerer til barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.»¹⁷²

6.2 Formål med og varigheten av omsorgsovertakelsen

I Rt. 2012 s. 1832 uttaler Høyesterett at det må skilles mellom langvarige og midlertidige fosterhjem når omfanget av samværsrett fastsettes. For foreldre bør det være hyppigere samvær ved midlertidige, og færre samvær ved langsiktige omsorgsovertakelser.¹⁷³ Retten finner hensynet bak dette i forarbeidene. Hyppige samvær for midlertidig omsorgsovertakelse skal gjøre en tilbakeføring enklere. For langtidsplasseringer er formålet at barnet skal få «en mer kognitiv/intellektuell forståelse av hvem som er de biologiske foreldrene, og ikke å skape eller opprettholde en følelsesmessig tilknytning til foreldrene».¹⁷⁴ Hvis tilbakeføring ikke kan påregnes eller ligger langt frem i tid, har Høyesterett fremhevet at samvær normalt tar «sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til.»¹⁷⁵

Høyesteretts uttalelser bør i utgangspunktet være overførbare på samværsrett for andre enn foreldre. Dersom det er liten grunn til at barnet skal ha samvær med biologiske foreldre, kan det være enda mindre grunn til å ha kontakt med fjernere slektninger eller andre. Men for betydningsfulle andre burde Høyesterett under dette momentet for fosterhjemmenes vedkommende også vurdere hvilken type fosterhjem det er tale om i den konkrete saken. Selv om det er tale om en langvarig plassering vil barnet ha større behov for familie eller andre å støtte seg til når det skal ut av enkelte fosterhjem enn av andre. Dersom saken dreier seg om et behandlingsfosterhjem, utøver fosterforeldrene en ytelse. Barnet har behov for særlig hjelp, og fosterforeldrene er gjerne utdannet innen et relevant yrke. Å være fosterhjem er en levevei for dem, og de vil vanligvis få et nytt fosterbarn så snart det nåværende flytter ut. De har ikke nødvendigvis planlagt å være der for barnet livet ut. Det samme gjelder gjerne dersom fosterfamilien har barn selv og ser på fosterbarnet som midlertidig. Noen fosterfamilier kan ha som mål å hjelpe så mange barn i nød som mulig, og tar inn og konsentrerer seg om et nytt barn når det

¹⁷² Rt. 1998 s. 787, side 792.

¹⁷³ *ibid.* s. 792.

¹⁷⁴ NOU 2000: 12, side 156.

¹⁷⁵ Rt. 1998 s. 787, side 792.

første drar.¹⁷⁶ For barn fra fosterhjem som disse kan det være unaturlig å støtte seg for mye på fosterfamilien i voksen alder, selv om omsorgsovertakelsen har vært langvarig. De kan trenge betydningsfulle andre til dette. Dersom fosterhjemmet er barnløst eller ønsker seg et barn til, og gjerne vil adoptere barnet, ønsker fosterfamilien som oftest lite samvær med andre. Dersom adopsjon er sannsynlig, bør slikt samvær kanskje begrenses. Selv om adopsjon er uaktuelt, vil mange slike fosterhjem likevel fungere som barnets familie resten av dets liv, og det er da ikke samme behov for den opprinnelige familiens støtte i voksen alder. Jeg har i liten grad funnet rettskilder som drøfter spørsmålet om fosterhjemmets karakter.

Når det gjelder midlertidig omsorgsovertakelse, og tilbakeføring forventes å finne sted innen rimelig tid, har Høyesterett uttalt at kontakten mellom foreldre og barn bør holdes ved like så godt det lar seg gjøre ved hyppige samvær av noe lengre varighet.¹⁷⁷ Forarbeidene sier det samme. Det har ikke vært saker om midlertidig omsorgsovertakelse oppe for Høyesterett. Dette skyldes ifølge forarbeidene at omsorgen allerede vil ha vart i lang tid før en sak kommer opp for Høyesterett.¹⁷⁸

6.3 Forhold ved barnet

Ethvert barn som er tatt under omsorg må vurderes for seg. Disse barna har vært gjenstand for omsorgssvikt og/eller overgrep fra foreldrene og er vanligvis mer sårbare enn andre barn. Graden av skade, usikkerhet og uro varierer, og hvert barn må vurderes konkret.¹⁷⁹ For Høyesterett blir gjerne forhold ved barnet selv avgjørende for vurderingen av samværsrett for foreldre. Retten vurderer faktorer som alder, sårbarhet, barnets meninger og ønsker, samt reaksjoner på samvær som allerede er gjennomført.¹⁸⁰ Hvilke virkninger samværet vil ha for barnets utvikling er også relevant ved vurderingen av samværets omfang, og Høyesterett vurderer konkret hvordan mye eller lite samvær vil påvirke barnet.¹⁸¹ For samvær med betydningsfulle andre vil de samme faktorene være relevante. I Rt. 2012 s. 1832 behandlet Høyesterett sam-

¹⁷⁶ Se Havik, 2007, side 20-23.

¹⁷⁷ Rt. 1998 s. 787, side 792, Rt. 2006 s. 247, avsnitt 30-31.

¹⁷⁸ NOU 2012: 5, side 103.

¹⁷⁹ Se for eksempel Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 40 og LB-2002-02871.

¹⁸⁰ NOU 2012: 5, side 104.

¹⁸¹ Rt. 2003 s. 425, avsnitt 45-46, Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 36.

værskrav mellom foreldre og en datter. Barnet hadde allerede samvær med morfar og hans kone, og det var ikke fremmet samværskrav fra disse. Høyesterett anså jenta som «sårbar, og at hun trenger stabilitet og ro rundt sin situasjon. Hun har hatt reaksjoner etter samvær med morfar, samtidig som det foreløpig ikke har vært mulig å bygge opp en sterk nok tilknytning til fosterfamilien.»¹⁸² Likevel mente retten at barnet «synes å være sterkt knyttet til morfar og hans ektefelle, og jeg legger til grunn at barnets beste tilsier at kontakten opprettholdes.»¹⁸³ For betydningsfulle andre bør det etter dette legges stor vekt på tilknytningen mellom barnet og den andre, og om samværet vil være best for barnet i et fremtidsrettet perspektiv. Det vil likevel være lavere terskel for å nekte samvær med betydningsfulle andre enn med foreldrene.

6.4 Den andres personlige egenskaper

Tidligere studier av «den sosiale arven» viste at omsorgssvikt gjerne overføres fra generasjon til generasjon.¹⁸⁴ Dette ga grobunn for fordommer om at personer som ikke fungerer gjerne har foreldre og slektninger som heller ikke fungerer, eller har for små ressurser til å ta vare på barna sine. Det er ikke nødvendigvis riktig. I en dansk undersøkelse av slektsfosterhjem tilbakeviser Lajla Knudsen og Tine Egelund flere ubegrunnede generelle fordommer mot slektninger til foreldre som ikke selv klarer å ta vare på barnet. Undersøkelsen refererer til tidligere forskning, som har vist at barn i slektsfosterhjem klarer seg utviklingsmessig like bra eller bedre enn barn i vanlige fosterhjem. Barn i slektsfosterhjem har også generelt sett dypere og mer stabil kontakt med familien, inklusive foreldrene, og får en «familie for livet». Undersøkelsen viser også at det er mindre vanlig at slektsfosterhjem går i oppløsning enn vanlige fosterhjem.¹⁸⁵ Studier gjengitt av Vigdis Bunkholdt viser også at barn i slektsfosterhjem opplever fosterbarnstatusen som mindre problematisk. I tillegg er det lavere risiko for at barnet oppfatter at det selv er skyld i flyttingen, eller utvikler ødeleggende lojalitetskonflikt.¹⁸⁶ Etter fosterhjemsforskriften § 4 andre ledd skal barnevernet i dag alltid vurdere om noen i barnets familie eller nære nettverk kan være fosterhjem før et barn eventuelt plasseres i et nøytralt fosterhjem. Ut fra dette er mange slektninger av ikke-fungerende foreldre i god stand til å ta seg av barn

¹⁸² Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 40.

¹⁸³ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 39.

¹⁸⁴ NOU 2012: 5, side 92.

¹⁸⁵ Knudsen og Egelund, 2011, side 17-18 og 135-141. Se også Bunkholdt, 2010, side 77-78.

¹⁸⁶ Bunkholdt, 2010, side 77-78.

som er tatt under omsorg. Selv om de av ulike grunner ikke blir fosterforeldre, kan mange tilføre noe positivt til barnets liv og utvikling. Det finnes tallrike eksempler hvor foreldre av ulike årsaker ikke makter å ta seg av barna sine, og hvor oppegående besteforeldre eller andre opptrer som avlastningshjem for fosterfamilien.¹⁸⁷

Ifølge britiske undersøkelser som ble gjort i forrige tiår, kan samvær med slektninger være til barnets beste fordi disse ofte har færre personlige problemer enn foreldrene. Undersøkelsene fant at det kan være godt for barnet å se at det har «vanlige» slektninger.¹⁸⁸ Fosterbarn ønsker også ofte samvær med betydningsfulle andre. Det er særlig bestemødre på morssiden som er populære samværspersoner. Dersom barnet sier at det ønsker samvær med en bestemt person, bør dets innflytelse på spørsmålet være stor, se punkt 3.3 om barnets medvirkningsrett. Samvær med betydningsfulle andre handler om sosial omgang, noe barnet ellers stort sett velger som det vil. Selv om barnevernet og fosterhjemmet er skeptisk til samværet, bør barnets ønske derfor veie tungt.

Ifølge Trude Haugli er et sentralt moment hvem det er man vurderer å gi samværsrett.¹⁸⁹ Herunder vurderes hvilket formål samværet skal ivareta. Der en av eller begge foreldrene fungerer så dårlig at de i praksis ikke er der for barnet, kan samvær med storfamilien og besteforeldre spesielt «ofte ha en viktig funksjon ved å pleie de biologiske bånd, gi barnet kjennskap til røtter, til egen identitet og livshistorie.»¹⁹⁰ Noen ganger kan den betydningsfulle andre tilføre noe spesielt til barnet som fosterfamilien og andre ikke har mulighet for å erstatte, som eksemplene om odelsbarnet og den afghanske gutten i punkt 5.2.3.2. Den betydningsfulle andres interesser kan også være en ressurs for barnet. Dersom bestemor spiller piano og bestefar er glad i å fiske, kan barnet for eksempel få pianotimer, tas med på fisketurer eller få hjelp og opplæring til båtførerprøve. Når det gjelder besteforeldre, er det ikke bare nærheten i slektskapet, men også «verdien av kontakt på tvers av generasjonene som gjør at de kan ha en spesielt viktig posisjon.»¹⁹¹

¹⁸⁷ Jeg har selv to separate eksempler på dette i min omgangskrets.

¹⁸⁸ Sinclair, 2005, se for eksempel side 135-136.

¹⁸⁹ Haugli, 2000, side 376.

¹⁹⁰ *ibid.* s. 377.

¹⁹¹ *ibid.* s. 377.

Om det er til barnets beste å tilbringe tid sammen med den andre, må vurderes konkret i hvert tilfelle. Ifølge Lena R. L. Bendiksen og Trude Haugli vil ikke forhold som fysisk sykdom, psykisk utviklingshemming, umodenhet, økonomiske problemer, dårlige boforhold, sviktende nettverk og lignende automatisk tilsi at barn skal ha begrenset samvær med foreldre. Men samværet må foregå under betryggende forhold.¹⁹² For betydningsfulle andre bør terskelen for å nekte samvær også i slike saker ligge lavere enn for foreldre. Men de ovenfor nevnte problemene bør ikke i seg selv hindre et samvær så lenge den andre kan tilføre noe positivt til barnets liv og barnet har en tilknytning til ham eller henne. Er det derimot tale om rusmisbruk, psykiske lidelser, fare for mishandling eller seksuelle overgrep, skal det nok mye til for at det skal være i barnets beste interesse å opprettholde kontakten.

Det må også vurderes om barnet har hatt et godt forhold til den det skal ha samvær med og «om erfaringene med samværet er positive».¹⁹³ Det kan være en fare for at personen som ønsker samvær med barnet selv er en omsorgssøkende person som trenger noen å støtte seg til og prate med. Samvær med en slik person blir raskt en belastning for barnet.

Barnet skal ideelt sett komme fra et samvær med betydningsfulle andre fylt med en god, positiv følelse. Dersom samværet er preget av konflikter, kan det ha motsatt effekt. Men selv om for eksempel onkel er i konflikt med mor eller fosterforeldrene, kan han klare å stille seg utenfor konflikten når han har samvær med barnet. Det er nok at han er til stede i barnets liv, for eksempel ved noen dagers høstjakt, fetterens bursdag og et par andre besøk i løpet av året.

6.5 Stabilitet rundt barnet

Barn som er tatt under omsorg er særlig sårbare. Gjentatte prosesser angående samværsrett kan være opprivende og vanskelige for barnet. Slikt bør i stor grad unngås,¹⁹⁴ og det er derfor fint om man kan finne frem til en samværsordning alle parter er fornøyde med. Dette er også bakgrunnen for barnevernloven § 4-19 femte ledd, som avskjærer de private parter fra å «kreve at sak om samvær skal behandles av fylkesnemnda dersom saken har vært behandlet av fylkesnemnda eller domstolene de siste tolv månedene.»

¹⁹² Bendiksen og Haugli, 2014, side 250.

¹⁹³ Haugli, 2012, side 66.

¹⁹⁴ Se Rt. 2011 s. 1601, avsnitt 49.

Når barnet tas under omsorg og plasseres i fosterhjem er det viktig at det får skape en tilknytning til fosterfamilien. Det er her barnet skal oppholde seg mesteparten av tiden, og det er disse menneskelige relasjonene som skal være den beste støtten for barnet i tiden fremover. Ifølge Høyesteretts uttalelser i Rt. 2012 s. 1832 må omfanget av samværet innrettes slik at det «ikke er til hinder for å etablere en trygg og god relasjon til fosterforeldrene.»¹⁹⁵ I denne saken kom retten til at barnets beste tilsa at hun fikk ro, «slik at hun kan etablere den nødvendige tilknytning til fosterfamilien.»¹⁹⁶ Ifølge førstvoterende kan det være en utfordring for barneverntjenesten å få den nødvendige roen rundt barnet, samtidig som det ikke kommer i konflikt med hensynet til «å skape og vedlikeholde barnets kjennskap til og forståelse for sitt biologiske opphav».¹⁹⁷ I forhold til fosterfamilien mener Høyesterett at hensynet til stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen kan «medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet, jf. barnevernloven § 4-1.»¹⁹⁸ Samtidig mener Ofstad og Skar at barnets behov for stabilitet og kontinuitet i omsorgen i de fleste tilfeller vil «tilsi at det skal legges vekt på å opprettholde kontakt med biologiske foreldre når barnet er tatt under omsorg av barneverntjenesten og bor utenfor familien.»¹⁹⁹ Kontakt med foreldre og andre viktige personer i barnets liv kan hjelpe til med å gjøre bruddet så skånsomt som mulig. Hvordan dette skal vektlegges kommer an på det konkrete tilfellet. Ifølge Trude Haugli må også barnets sårbarhet vurderes når det gjelder veksling mellom fosterhjem og foreldre eller andre.²⁰⁰

Dersom andre enn foreldre skal ha samværsrett i tillegg til foreldre, fører dette etter den nyere samværsfordelingstenkningen nødvendigvis til et høyere antall samvær barnet må delta i. Ifølge Høyesterett er det ikke mulig å sette en øvre grense for hvor mange samvær som generelt sett er til det beste for barn. Hvor mye barnet tåler vil også variere fra sak til sak.²⁰¹ I tillegg er det etter lovendringen i 2007 ikke lenger slik at samværene utgjør én felles «kake», som forklart i punkt 5.1. Samværene kan plasseres i to ulike kaker: én til foreldrene og even-

¹⁹⁵ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 34.

¹⁹⁶ *ibid.* avsnitt 43.

¹⁹⁷ *ibid.* avsnitt 34.

¹⁹⁸ Rt. 1998 s. 787.

¹⁹⁹ Ofstad og Skar, 2009, side 61.

²⁰⁰ Haugli, 2012, side 66.

²⁰¹ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 34.

tuelle krevende betydningsfulle andre, og én til positive betydningsfulle andre og annen fritid. Om et samvær utfordrer tålegrensen avhenger av hvilken kategori det faller inn i. Jo mer kompliserte og krevende samværene er, dess mindre tåler barnet. Men selv om tålegrensen for krevende samvær er nådd, er det ikke umulig at barnet kan ha flere samvær med positive, problemfrie betydningsfulle andre. Samvær med disse ligner mest på samvær med de mange andre det ellers omgås i hverdagslivet, og bør ikke tas med ved vurderingen av barnets tålegrense.

Ideelt sett bør samværet være en støtte i hverdagen, og gi utfordringer og tilføre kunnskap. Det bør bidra til at barnet og den det har samvær med utvikler vennskap som kan skape, forsterke eller bevare tilknytningen dem imellom. Det er barnets beste, jf. barnevernloven § 4-1 og presiseringen av kontinuitet i voksenkontakt, som er den rettslige ledetråden for omfanget av samværet.²⁰² Det fastsettes vanligvis mer omfattende samvær når barn bor i institusjon enn i fosterhjem. I institusjoner skal man ikke knytte nye tilknytningsforhold i samme grad som i fosterhjem.²⁰³ Flere og hyppige samvær vil derfor ikke virke like forstyrrende.

6.6 Nektelse av samvær

Det må sterke grunner til for at samvær nektes helt eller begrenses så sterkt at barnet i realiteten ikke får mulighet til å bli kjent med foreldrene sine.²⁰⁴ En varig eller langsiktig omsorgsovertakelse er ikke i seg selv grunn nok.²⁰⁵ Ifølge Høyesterett må det en bred skjønnsmessig vurdering til, hvor EMK artikkel 8 om respekt for familieliv må vurderes og barnets beste må tillegges avgjørende vekt.²⁰⁶ I 1996 ble Norge dømt i EMD for å ha gått for langt i å nekte samvær mellom en mor og datter. EMD uttalte i denne sammenheng at:

«These measures were particularly far-reaching in that they totally deprived the applicant of her family life with the child and were inconsistent with the aim of reuniting them. Such measures should only be applied in exceptional circumstances and could

²⁰² Hove, 2011, note 188.

²⁰³ Bendiksen og Haugli, 2014, side 253.

²⁰⁴ Rt. 2002 s. 908, side 913, Rt. 2001 s. 14, side 24

²⁰⁵ Stenwig og Tjomsland, 2003, side 44.

²⁰⁶ Rt. 2002 s. 908, side 912.

only be justified if they were motivated by an overriding requirement pertaining to the child's best interests».²⁰⁷

Et slikt krav finnes ikke for andre enn foreldre, siden disse i utgangspunktet ikke har en rett til samvær med barnet. Men dersom en søskenflokk blir plassert så langt fra hverandre geografisk at det hindrer samvær mellom dem, kan det være en krenkelse etter EMK. Dette var saken for tre søsken i *Olsson v. Sweden* (No. 1), hvor EMD uttalte:

«The ties between members of a family and the prospects of their successful reunification will perforce be weakened if impediments are placed in the way of their having easy and regular access to each other. Yet the very placement of Helena and Thomas at so great a distance from their parents and from Stefan [...] must have adversely affected the possibility of contacts between them. [...] It is true that regular contacts were maintained between Helena and Thomas, but the reasons given by the Government for not placing them together [...] are not convincing. It is also true that Stefan had special needs, but this is not sufficient to justify the distance that separated him from the other two children.»²⁰⁸

EMD fant det ikke forelå en krenkelse av foreldrenes rettigheter ved at barna ble tatt under omsorg, men for «the prejudice which they may have suffered on account of the separation of the children from each other, the placement of Helena and Thomas at a long distance from the applicants' home and the restrictions on visits.»²⁰⁹ Ifølge EMD skal man altså ikke plassere søsken så langt fra hverandre at det blir vanskelig for dem å ha samvær med hverandre. Dette er forståelig, siden søsken ofte har en sentral plass i livet for mange barn. Ifølge Trude Haugli kan det her være verdifulle bånd som bør opprettholdes og styrkes:

²⁰⁷ *Johansen v. Norway*, avsnitt 78.

²⁰⁸ *Olsson v. Sweden* (No. 1), avsnitt 81.

²⁰⁹ *ibid.* avsnitt 102.

«Søskenforhold kan være særlig viktig, og på grunn av jevnhet i alder vil et slikt forhold normalt være livslangt. Også søsken som ikke vokser opp i samme hjem, kan i voksen alder ha stort utbytte av å ha kontakt med hverandre.»²¹⁰

²¹⁰ Haugli, 2000, side 376.

7 En betraktning og vurdering av reglene

7.1 Hvem nyter godt av reglene?

7.1.1 De betydningsfulle andre

I en ideell familie tar foreldrene vare på barna sine, og barna velger mer eller mindre selv hvem de omgås. Foreldrene sørger likevel for at barna får kontakter, både i og utenfor familien. Etter en omsorgsovertakelse er det barnevernet som har omsorgen for barnet, og bestemmer hvem det skal omgås. Barnevernet skal i utgangspunktet skjønne hva barnet trenger, og vurdere om det finnes betydningsfulle andre i dets liv som det ønsker og bør beholde tilknytningen til. Det er lett å tro at barnevernet automatisk gjør dette, og at det derfor ikke trengs regler for andres samværsrett. Men enkelte betydningsfulle andre kan falle utenfor. Det er flere grunner til at dette kan skje. Disse betydningsfulle andre er gjerne problemskapende, og byr på både godt og vondt overfor barnevernet. Barnevernet kan ha vanskelig for å overse dette og fokusere på tilknytningen mellom barnet og kverulanten. Retten trengs også når barnets foreldre motsetter seg samvær med andre, for eksempel om mor er i konflikt med bestemor og ikke ønsker at barnet skal ha kontakt med henne.²¹¹ I slike tilfeller har barneverntjenesten full mulighet til å arrangere samvær uten mors godkjennelse. Men et vedtak fra fylkesnemnda kan gjøre gjennomføringen av samværet enklere, og kan hindre at relasjonen mellom barnevernet og mor ødelegges.²¹² Barnevernet kan også nekte samvær av hensyn til fosterforeldrene. De stiller gjerne med fosterbesteforeldre, og mener at betydningsfulle andre må vike for betydningsfulle nye, eller at barnet trenger ro og et fullstendig miljøskifte. Da kan det være godt for den betydningsfulle andre å få prøvd spørsmålet for et uavhengig organ som fylkesnemnda. Får han eller hun et vedtak på samværsrett, plikter barnevernet å få det i stand, og fosterforeldrene må finne seg i dette.²¹³

Et vedtak kan også ha verdi i seg selv ved at samværene får en formalisert ordning. Det gir en forutsigbarhet for den betydningsfulle andre, og kan gjøre situasjonen ryddigere.²¹⁴ I tillegg kan et vedtak ha økonomisk betydning dersom barnet er flyttet geografisk langt bort. Samvæ-

²¹¹ Haugli, 2000, side 373.

²¹² Haugli og Havik, 2010 side 135-136.

²¹³ Haugli, 2000, side 374.

²¹⁴ *ibid.* s. 373.

ret blir da et tiltak etter loven som barneverntjenesten er pålagt å gjennomføre, og barneverntjenesten kan derfor betale reiseutgifter dersom det er nødvendig.²¹⁵

Den lovfestede, men begrensede, retten for andre enn foreldre til å kreve samvær er altså til for de som er viktige og betydningsfulle for barnet til tross for at foreldrene og barnevernet ikke forstår det. Det er snakk om svært få personer. Slik ordningen er lagt opp skal den sile bort de som selv synes at de er betydningsfulle for barnet, men som ikke er det. Ordningen gir kverulanter en mulighet til å melde seg og få avslag, samtidig som den virker som en sikkerhetsventil i de få sakene hvor noen har blitt oversett. I områder hvor barnevernet har dårlig kapasitet er det lettere for at betydningsfulle andre blir oversett. Jo bedre barnevern vi har, dess mer blir barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd en bestemmelse for kverulanter. I Oslo og Akershus har fylkesnemnda få saker i året hvor noen pretenderer å ha et krav på samværsrett. I 2012 var det tre slike saker, og i 2013 var det fem. I én av sakene var pretendenten en stefar, i én sak var det onkel og tante, i én sak tidligere fosterforeldre, og i fem saker var det en eller to besteforeldre. Pretendenten vant fram i fem av de åtte sakene. I de øvrige ble kravet avvist på grunnlag av manglende tilknytning (to saker), og at foreldrene ikke hadde begrenset samvær (en sak). Selv om bestemmelsen ikke fører frem til så mange samværsordninger, har den nok en verdi i at den finnes.

Regelen er viktig for betydningsfulle andre fordi de gjerne vil være en del av barnets liv. For eksempel kan det ha en egenverdi for besteforeldre å se barnebarna vokse opp. De kan se at de selv lever videre i barnebarna og gjenleve livet gjennom dem. I tillegg føler mange at de ikke hadde tid til å nyte egne barn, men får gjort dette til fulle med barnebarna. Hensynet til den andre er ikke tungtveiende ved vurderingen av samværsrett. Det har liten eller ingen betydning. Barnets beste er viktigst, jf. barnevernloven § 4-1. Likevel kommer man ikke utenom at tredje og fjerde ledd er en rett for betydningsfulle andre til å kreve samvær, og ikke en rett for barnet eller en gjensidig rett slik det er mellom foreldre og barn.

7.1.2 Barnet

Hensynet til barnets beste ligger til grunn for bestemmelsen, så det er meningen at barnet skal nyte godt av den.²¹⁶ Omsorgsovertakelser er ikke enkle for barn, uansett hvor elendig de har

²¹⁵ Se Lindboe, 2012, side 118, Byrådet i Oslo kommune, 2006, side 3, barnevernloven kapittel 9.

det hjemme. Overtakelsen vil nok være enda verre dersom barnet tas bort fra alle som har en sentral plass i livet dets. Ofte holder andre personer enn foreldrene slike sentrale posisjoner, både slektninger og andre som barnet betror seg til. Ved å opprettholde disse relasjonene gjennom en samværsrett får barnet noe av den stabile og gode voksenkontakten og kontinuiteten i livet som skal vektlegges etter barnevernloven § 4-1.

Det er også sett på som en egenverdi for barnet å ha kjennskap til sitt biologiske opphav og sin livshistorie.²¹⁷ Dersom foreldrene ikke ønsker å være bindeleddet til barnets biologiske familie, kan samværsrett for andre være en viktig erstatning.

Ideelt sett vil fosterbarnet knytte kontakter som varer resten av livet i fosterhjemmet. I tilfeller hvor dette skjer, er samvær med betydningsfulle andre kanskje av mindre betydning. Men dagens fosterhjemssituasjon er preget av mangel på fosterhjem.²¹⁸ Samtidig som behovet for fosterhjem øker, preges barnevernet av stadig mer profesjonelle omsorgsaktører.²¹⁹ Som følge av denne utviklingen kan betydningsfulle andre bli stadig viktigere for barn under offentlig omsorg. Selv om det skaper litt uro rundt barnet, kan det muligens være best på lang sikt at barnet har noen betydningsfulle andre i livet sitt. Dette har særlig stor betydning dersom barnet er i en situasjon der det er vanskelig å knytte varige bånd.²²⁰

7.1.3 Fosterforeldrene

Der det ikke er mulig eller til barnets beste å plassere barnet hos slektninger, plasseres det i et nøytralt fosterhjem. Samfunnet nå til dags preges av at både mor og far er yrkesaktive. Dette gjelder også fosterforeldre.²²¹ I tillegg har familien gjerne egne barn å ta vare på.²²² Til tross for at det kan bli mye å organisere for fosterfamilien dersom barnet har samvær med flere personer, kan det spørres om betydningsfulle andre er et oversett element som kan være en ressurs for fosterforeldrene som avlastning. I en undersøkelse gjort av Toril Havik ga foster-

²¹⁶ Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) side 126.

²¹⁷ NOU 2012: 5, side 42, NOU 1985: 18, side 157.

²¹⁸ Bufetat, 2011.

²¹⁹ Backe-Hansen, Grønningsæter og Havik, 2013, side 21-23.

²²⁰ Haugli og Havik, 2010 side 138.

²²¹ Havik, 2007, side 16.

²²² *ibid.* s. 19.

foreldre uttrykk for at kontakt med øvrig slekt var en god ting: «Vi har nær kontakt med familien på farssiden. Svært verdifullt! God avlastning – det hadde vært vanskelig uten.»²²³ Avlastning fra betydningsfulle andre kan altså være både til barnets og fosterforeldrenes beste.

7.2 Reglenes betydning for foreldrene

Et annet område som kan diskuteres er hvordan omfanget av samvær mellom barnet og foreldrene påvirkes av samværsrett for andre. Samvær med betydningsfulle andre bør ifølge forarbeidene ikke gis på bekostning av foreldrene.²²⁴ Men lovendringen i 2007 endret også synet på fordelingen samvær, som diskutert i punkt 6.5. Ved å skille mellom samvær med foreldre/krevende betydningsfulle andre og positive betydningsfulle andre, får barnevernet en større mulighet til å arrangere samvær med positive betydningsfulle andre uten at det går på bekostning av foreldrene. De krevende betydningsfulle andre kan derimot stå for kompliserte samvær som utfordrer barnets tålegrense. Foreldrenes samværsrett må sannsynligvis begrenses dersom barnet skal ha samvær med slike betydningsfulle andre.

Dersom samvær med krevende betydningsfulle andre begrenser omfanget av foreldrenes samvær med barna, kan det være et inngrep i foreldrenes rettigheter. Siden foreldrene i utgangspunktet har en rett til samvær med barnet sitt, mener Haugli og Havik at det ut fra et juridisk ståsted er vanskelig «å se samværsreguleringer som noe annet enn et inngrep i en rettighet.»²²⁵ For foreldrene er selve omsorgsovertakelsen den første krenkelsen. Det blir et ytterligere inngrep når det fastsettes lite samvær. Ifølge det minste inngreps prinsipp skal omsorgsovertakelsen være et så lite inngrep som mulig i forhold til foreldrene. Også etter EMK og foreldrenes rett til privatliv skal staten unnlate å gripe inn mer enn det som er nødvendig. Etter dette burde foreldrene få hele «kaken» for krevende samvær, og så mye samvær som barnet kan tåle. Enhver tildeling av samvær som spiser av denne kaken blir da et inngrep i foreldrenes rett. Men dersom det er til barnets beste også å ha kontakt med den krevende betydningsfulle andre, må man foreta en avveining av foreldrenes og barnets interesser. Ifølge EMDs uttalelser i saken Johansen v. Norway skal en avveining av hensynet til barnet og foreldrene:

²²³ *ibid.* s. 115.

²²⁴ Ot.prp.nr.76 (2005-2006) side 45.

²²⁵ Haugli og Havik, 2010, side 29.

«[...] attach particular importance to the best interests of the child, which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, as suggested by the Government, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention (art. 8) to have such measures taken as would harm the child's health and development.»²²⁶

Barnets beste skal altså tillegges særlig vekt ved avveiningen. Det samme følger av barnevernloven § 4-1 og forarbeidene, som også påpeker at hensynet til barnets beste ifølge EMD «blant annet innebærer vektlegging av barnets interesse i å beholde familieband.»²²⁷ Uansett er det viktig å se at det kan være stor forskjell på antallet samvær som er det optimale og absolutt beste for barnet, og dets tålegrense. Barnet bør ikke ha så mye samvær at det ligger på tålegrensa, men det må kunne redusere litt på sitt beste slik at foreldrenes menneskerettigheter overholdes. Hvor man lander på skalaen må avgjøres konkret i det enkelte tilfellet.

7.3 Utfordringer ved dagens ordning

Lite eller intet samvær vil etter dagens interne rettsregler ikke være et inngrep i betydningsfulle andres rettigheter, siden de ikke har noen rett i utgangspunktet. Selv om EMD som vist i punkt 4 har innfortolket et vidt familielivsbegrep i EMK artikkel 8, beskyttes ikke beste-foreldre generelt. Men dersom en annen enn foreldrene har et faktisk familieliv med barnet, har han eller hun i utgangspunktet samværsrett etter EMK. Etter intern norsk rett er det ikke nødvendigvis slik. Fylkesnemnda later til å stå relativt fritt til å vurdere samværsretten, selv om det foreligger tilknytning. Alt de betydningsfulle andre tilbys er et krav på realitetsbehandling av samværskravet dersom lovens vilkår er oppfylt og det foreligger tilknytning. De har ikke automatisk et krav på samværsrett.

Et annet spørsmål er om personkretsen som kan få et samværskrav behandlet etter dagens interne regler er for snever i forhold til EMK, og at det er motstrid mellom EMK artikkel 8 og barnevernloven § 4-19 tredje og fjerde ledd. Mens EMK krever at den andre har hatt et «familieliv» med barnet, krever barnevernloven mer. I tillegg til det felles tilknytningsvilkåret, må

²²⁶ Johansen v. Norway, avsnitt 78.

²²⁷ NOU 2012: 5, side 73.

den som ønsker samvær etter interne regler ha hatt den daglige omsorgen forut for omsorgsovertakelsen, eller barnets foreldre må være døde eller ha svært begrenset samvær. Dette kan utelukke for eksempel søsken som har bodd i ulike fosterhjem fra tidlig alder fra å kreve samværsrett med hverandre. Det kan også utelukke besteforeldre som har tilknytning til barnet, men som ikke har hatt omsorgen for det, dersom foreldrene har samvær. Begge disse eksemplene kan falle inn under familielivsbegrepet i EMK. Det er derfor mulig at de interne rettsreglene er for strenge, og at enkelte betydningsfulle andre mangler en rettighet etter intern rett som de har etter EMK. Det er mulig at forarbeidenes uttalelse om at en sak «kan» avvises dersom tilknytning ikke dokumenteres kan fungere som en sikkerhetsventil, og gi fylkesnemnda en mulighet til å realitetsbehandle et krav dersom det vil være urimelig å nekte det. I så fall burde dette vært klarere, med en uttalt sikkerhetsventil i selve barnevernloven § 4-19. Denne burde vært forbeholdt personer barnet har et spesielt forhold til, eller som det er andre grunner til at barnet bør ha kontakt med. Høyesterett mener likevel at Norges interne rettsregler er i samsvar med EMK.²²⁸

Et annet område som kan være problematisk er søksmålsadgangen i forhold til barnet. En barnevernsak er «først og fremst barnets sak».²²⁹ Selv om det også er foreldrenes sak, ville det ikke vært noen sak uten barnet.²³⁰ Men barnet selv har ikke søksmålsadgang når det kommer til samværsrett med betydningsfulle andre. Det er bare de betydningsfulle andre som kan kreve at et samværskrav skal behandles. Dette er muligens fordi barnet vil ha liten glede av en selvstendig søksmålsadgang dersom personen det ønsker samvær med ikke ønsker samvær med barnet.²³¹ Det kan likevel spørres om barnet selv burde ha mulighet til å få et samværskrav behandlet, jamfør dets egen alminnelige handlefrihet. Barnet velger jo i utgangspunktet selv sin omgangskrets. Ifølge Trude Haugli må den som har omsorgen for barnet likevel ha et visst ansvar for at valgene det gjør ikke er til skade for det:

«Satt på spissen; hvis poenget med å overta omsorgen for barnet er å få barnet bort fra bestemte miljøer eller personer som foreldrene ikke makter å beskytte barnet mot, kan

²²⁸ Rt. 2012 s. 1832, avsnitt 32.

²²⁹ Stang, 2007, side 106.

²³⁰ *ibid.* s. 106.

²³¹ Haugli, 2000, side 375.

barnet i neste omgang ikke selv ha rett til å bestemme om det fortsatt vil ha kontakt med disse personene. Problemet er om fylkesnemnda kan behandle spørsmålet hvis barnet ønsker samvær med noen og barneverntjenesten motsetter seg dette.»²³²

Siden barnet ikke har egen søksmålsadgang, må barnet da eventuelt be den det ønsker samvær med om å ta opp spørsmålet med fylkesnemnda.

Til slutt kan det diskuteres om det er lurt at det ikke skal skapes nye relasjoner gjennom samvær med andre. Hensynet bak samværsretten er som tidligere nevnt et ønske om å bevare allerede oppståtte relasjoner, ikke å skape nye. Dette gjelder både slektninger og andre. Dersom barnet ikke har personer som kvalifiserer til betegnelsen «betydningsfulle andre» i livet før omsorgsovertakelsen, og foreldrene er ikke-fungerende, kan det bli svært alene når det flytter ut av fosterhjemmet. Ifølge Knut Lindboe går det ikke så bra med de fleste barnevernsbarna som har vært under omsorg når de skal stå på egne ben. I forhold til andre jevnaldrende barn har de økt risiko for tidlig død, for mentale problemer, lav utdanning og tidlig graviditet.²³³ Dette er vanskelige situasjoner å befinne seg i, og barnet kan godt trenge noen å støtte seg til dersom det havner i slikt uføre. Det kan derfor være mulig at barnevernet burde forsøke å etablere tilknytning mellom fosterbarn og villige, fungerende slektninger som ønsker å være en del av barnets liv, selv om tilknytningen ikke var der før omsorgsovertakelsen fant sted.

²³² *ibid.* s. 375.

²³³ Lindboe, 2012, side 152.

Litteraturliste

LOVER, FORARBEIDER O.L.

Lover og forskrifter:

- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967
- 1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) 8. april 1981 nr. 7
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30
- 2003 Forskrift om fosterhjem (fosterhjemsforskriften) 18. desember 2003 nr. 1659
- 2006 Lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.) 1. desember 2006 nr. 65
- 2010 Lov om vergemål (vergemålsloven) 26. mars 2010 nr. 9
- 2013 Lov om endringer i barnevernloven 21. juni 2013 nr. 63

Internasjonale konvensjoner:

- FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen)
- Den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 (EMK)
- Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (Wien-konvensjonen)

Forarbeider:

- | | |
|--------------|--|
| NOU 1985: 18 | Lov om sosiale tjenester m.v. |
| NOU 2000: 12 | Barnevernet i Norge |
| NOU 2005: 9 | Ressursbruk og rettssikkerhet i fylkesnemndene for sosiale saker |
| NOU 2009: 8 | Kompetanseutvikling i barnevernet |
| NOU 2012: 5 | Bedre beskyttelse av barns utvikling |
-
- | | |
|----------------------------|---|
| Ot.prp. nr. 76 (2005-2006) | Om lov om endringer i barnevernloven og sosialtjenesteloven mv. (saksbehandlingsregler for fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker mv.) |
| Prop.106 L (2012-2013) | Endringer i barnevernloven |

Innst. O. nr. 80 (1991-1992) Melding fra forbruker- og administrasjonskomiteen om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

DOMMER, AVGJØRELSER OG UTTALELSER

Høyesterett:

Rt. 1984 s. 289	Rt. 2002 s. 1378
Rt. 1987 s. 289	Rt. 2003 s. 425
Rt. 1995 s. 447	Rt. 2004 s. 1300
Rt. 1996 s. 1684	Rt. 2005 s. 8
Rt. 1998 s. 787	Rt. 2005 s. 833
Rt. 1998 s. 1702	Rt. 2006 s. 247
Rt. 1999 s. 1183	Rt. 2006 s. 1308
Rt. 2000 s. 996	Rt. 2006 s. 1672
Rt. 2000 s. 1811	Rt. 2007 s. 1136
Rt. 2001 s. 14	Rt. 2007 s. 1147
Rt. 2001 s. 835	Rt. 2010 s. 1445
Rt. 2001 s. 1006	Rt. 2011 s. 1053
Rt. 2002 s. 557	Rt. 2011 s. 1601
Rt. 2002 s. 908	Rt. 2012 s. 1832

Lagmannsrett:

LB-2002-02871
RG 2007 s. 1525
LF-2009-88113
RG 2012 s. 1523

Tingrett:

TOSLO-2007-56766
TSTRO-2013-129872

Fylkesnemdene:

FNV-2011-257-NOR
FNV-2008-194-MRO

Sammendrag av åtte vedtak fra Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker i Oslo og Akershus

The European Court of Human Rights, Strasbourg (EMD):

Bronda v. Italia	9 June 1998
Christine Goodwin v. the United Kingdom	11 July 2002
Golder v. the United Kingdom	21 February 1975
Johansen v. Norway	7 August 1996
K. and T. v. Finland	12 July 2001
Loizidou v. Turkey	23 March 1995
Marckx v. Belgium	13 June 1979
McMichael v. the United Kingdom	24 February 1995
Olsson v. Sweden (No. 1)	24 March 1988
Selmouni v. France	28 July 1999
Soering v. the United Kingdom	7 July 1989
Tyrer v. the United Kingdom	25 April 1978
W. v. the United Kingdom	8 July 1987

Committee on the Rights of the Child (FNs barnekomité):

General Comment No. 8, The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) (Forty-second session, 2006), Geneva, 15 May - 2 June 2006, U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006)

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, U.N. Doc. CRC/C/GC/14

Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations: Norway (Fifty-third session, 2010), 11 - 29 January 2010, U.N. Doc. CRC/C/NOR/CO/4

LITTERATUR

Backe-Hansen, Elisabeth, Toril Havik og Arne Backer Grønningsæter (red.), *Fosterhjem for barns behov: Rapport fra et fireårig forskningsprogram*, Norsk institutt for forskning om oppvekst, velferd og aldring, Oslo, 2013.

Backer, Inge Lorange, *Barneloven: Kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2008.

Bendiksen, Lena R. L. og Trude Haugli, *Sentrale emner i barneretten*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2014.

Bunkholdt, Vigdis, *Fosterhjemsarbeid. Fra rekruttering til tilbakeføring*, 3. utgave, Gyldendal Akademisk, Oslo, 2010.

Haugli, Trude (red.), *Nasjonalt bidrag fra Norge, I*, i Nordisk samarbeid og utfordringer knyttet til innholdet i begrepet barnets beste – Rapport fra ekspertmøte i Tromsø 29.-31. januar 2003 på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet og Nordisk Ministerråd, Skriftserie nr. 54, Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, 2003.

Haugli, Trude og Toril Havik, *Samvær i barnevernsaker – psykologiske og juridiske vurderinger*, 1. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2010.

Haugli, Trude, *Det mangfoldige barnets beste*, i Kirsti Strøm bull, Viggo Hagstrøm, Steinar Tjomsland (red.), *Bonus Pater Familias – Festskrift til Peter Lødrup*, Gyldendal Akademisk, Oslo, 2002.

Haugli, Trude, *Hensynet til barnets beste*, i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2012.

Haugli, Trude, *Samværsrett i barnevernssaker*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2000.

Havik, Toril, *Slik fosterforeldre ser det – II – Resultat fra en kartleggingsstudie i 2005*, Barnevernets utviklingssenter på Vestlandet, Bergen, 2007.

Hove, Harald, *Kommentar til barnevernloven* (lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester) i Norsk lovkommentar nettversjon fra Gyldendal Rettsdata. Revidert 29. september 2011. Sitert 29. januar 2014.

Høgberg, Alf Petter og Njål Høstmælingen, *Grunnlovsfesting av retten til privatliv?*, i Jussens Venner vol. 45, 02/2010, side 98–146.

Knudsen, Lajla og Tine Egelund: *Effekter av slægtspleje – Slægtsanbragte børn og unges udvikling sammenlignet med plejebørn fra traditionelle plejefamilier*, SFI – Det Nationale Forskningscenter for Velfærd, København, 2011.

Lindboe, Knut, *Barnevernloven*, 7. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2011.

Lindboe, Knut, *Barnevernrett*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2012.

Lindboe, Knut, *Barns stemme i fylkesnemnda og ved rettslig overprøving*, i Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål, nr. 2/2013, Gyldendal akademisk, Oslo, 2013, side 81-82.

Loftsgaard, Lotte Pernille og Kristin Alstad, *Menneskerettsdomstolens avgjørelse i saker om offentlig omsorgsovertakelse av barn*, i Steinar Tjomsland (red.), Barnevern og omsorgsovertakelse, Kommuneforlaget, Oslo, 2003.

Nordeide, Ragnar, Erik Møse og Jørgen Aall, *Kommentar til menneskerettslovens vedlegg 2: Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (norsk oversettelse)*, i Norsk lovkommentar nettversjon fra Gyldendal Rettsdata. Revidert 2. juli 2010. Sitert 21. februar 2014.

Ofstad, Kari og Randi Skar, *Barnevernloven med kommentarer*, 5. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2009.

Sinclair, Ian, *Fostering now: Messages from Research*, Jessica Kingsley Publishers, London and Philadelphia, 2005.

Smith, Lucy og Peter Lødrup, *Barn og foreldre*, 7. utgave, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2007.

Stang, Elisabeth Gording, *Barnets rett til deltakelse i barnevernssaker*, i Kritisk Juss, hefte nr. 33 nr. 1/2, 2007a, side 36-56.

Stang, Elisabeth Gording, *Barns rett til familie og omsorg, særlig om barnevernet*, i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen – Barns rettigheter i Norge*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2012.

Stang, Elisabeth Gording, *Barns rett til foreldre: tvangsadopsjon av fosterbarn etter barnevernloven*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1995.

Stang, Elisabeth Gording, *Det er barnets sak – Barnets rettsstilling i sak om hjelpetiltak etter barnevernloven § 4-4*, Universitetsforlaget, Oslo, 2007b.

Stenwig, Elisabeth og Steinar Tjomsland, *Rettspraksis om barnevern*, i Steinar Tjomsland (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utgave, Kommuneforlaget, Oslo, 2003.

Tjomsland, Steinar, *Omsorgsovertakelse - hovedprinsipper og synspunkter*, i Steinar Tjomsland (red.), *Barnevern og omsorgsovertakelse*, 2. utgave, Kommuneforlaget, Oslo, 2003.

Ytterhus, Borgunn, *Sosialt samvær i barnehager og skoler – muligheter og trusler*, i Jan Tøssebro (red.), *Integrering och inkludering*, Studentlitteratur, Lund, 2004.

INTERNETTSIDER

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet: *Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker*. Sist oppdatert: 28. 08. 2013. Besøkt 11. 03. 2014.

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dep/tilknyttede-virksomheter/fylkesnemndene-for-sosiale-saker.html?id=418110>

Bufetat: *Rekordmange barn og unge i fosterhjem*. Publisert 02. 11. 2011. Besøkt 07. 04. 2014.
<http://www.bufetat.no/nyheter/Rekordmange-barn-og-unge-i-fosterhjem/>

Byrådet i Oslo kommune: *Fellesskriv til bydelene: Retningslinjer for administrasjon av – og godtgjøring for ulike tiltak i barnevernet*. Utsendt 22. 05. 2006. Besøkt 04. 04. 2014.
<http://www.byrådsavdeling-for-eldre-og-sosiale-tjenester.oslo.kommune.no/getfile.php/Byr%C3%A5dsavdeling%20for%20eldre%20og%20sosiale%20tjenester%20%28EST%29/Internett%20%28EST%29/Dokumenter/Fellesskriv%203-2006.pdf>

Organisasjonen voksne for barn: *Om å være fosterbarn*. Besøkt 21. 03. 2014.
http://www.vfb.no/no/om_barn_og_psykisk_helse/familie/fosterfamilie/Om+%C3%A5+v%C3%A6re+fosterbarn.b7C_wlDQ3G.ips

Statistisk Sentralbyrå: *Barnevern, 2012*. Publisert: 26. 06. 2013. Besøkt 28. 01. 2014.
<http://www.ssb.no/sosiale-forhold-og-kriminalitet/statistikker/barneverng>